C.2

EVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Universidad Francisco Marroquín

AÑO VI - No. 12
Segunda época

REVISTAS

Fotografía: Liza Chambers

CONSEJO DIRECTIVO

Rector:
Fernando Monterroso

Secretario:
Giancarlo Ibargüen

Tesorero:
Luis Enrique González Hertzsch

Vocal:
Conrado Losen

Vocal:
Max Holzheu

Vocal:
Jorge Molina-Sinibaldi

Vocal:
William Olyslager V.

Vocal:
Ramón Parellada Cuadrado

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano:
Lic. Eduardo Mayora Alvarado

Secretario:
Lic. Gerardo Prado-Ayau

Representante de los catedráticos:
Lic. Oscar Arroyo

Representante de los estudiantes:
Jorge Mario Búcaro

Directorio de la Revista

Dirección General:
Jary Méndez Maddaleno

Subdirección:
Luis Pedro Alvarez
Gloria Rodríguez,

Area de Edición:
Roberto Toriello,
Gerardo Anleu

Evaluación de Contenido:
Silvia Alejos,
Lucrecia Palomo

Area de Redacción:
Roberto García,
Ana María Ortíz
Silvia Iriarte Lastreto
Gustavo Alexander Licardié

Sección Estudiantil:
Rebeca Pernuth Ostrowiak
Carolina Donis

Promociones:
Ana Carolina Nichols,
Eva Cacacho,
Maryrene Jonama,
Cecilia Bonilla

Fotografía
Luis René Pellecer

Revista de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN

DITORIAL

No es tan sólo más, sino una experiencia inolvidable... — Brenda Anabella Quiñones Donis, Directora de Area de Derecho Procesal Penal, UFM

ERECHO

Bolsa de valores, su regulación jurídica y otros aspectos — Lic. Eduardo Mayora Alvarado, Decano de la Facultad de Derecho, UFM

La banca múltiple en Guatemala: situación y perspectiva — Lic. Juan Carlos Castañeda Fuentes, Abogado y Notario

Reflexiones sobre el poder constituyente — Lic. Mario Roberto Fuentes Destarac, Abogado y Notario

Hacia la formulación de una norma constitucional basada en las teorías modernas de la opción pública y la economía constitucional — Lic. Hector René López Sandoval, Abogado y Notario

La contratación mercantil — Lic. Carlos Humberto Rivera Carrillo, Abogado y Notario

Balance de quinquenio (1991-1995) — Doctor Armando de la Torre, Catedrático de UFM

Los impuestos y las funciones del Estado — Lic. Ana Cecilia Pérez Bravatti, Catedrática de UFM

ECCION ESTUDIANTIL

En torno al año internacional de la mujer — Jary L. Méndez Maddaleno, Facultad de Derecho UFM

Análisis de la norma relativa a la forma de los contratos y el ámbito de aplicación del contrato en el derecho civil — José Guillermo Bonilla, Gabriela Mejía Retana, Danilo Pineda von Ahn, Claudia Aparicio Sutter, Claudia Gasdaglis A., Roberto García Ovalle, Facultad de Derecho UFM

REVISTAS

78	**La libertad sindical, un derecho individual**	Luis Fernando Villegas Lara Facultad de Derecho UFM
81	**La pena de muerte y la necesidad de su abolición**	Oscar Augusto Rivas Villanueva Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafaél Landívar
84	**A propósito de... Tomar la justicia por la propia mano**	Ingrid Y. Garzaro Porres Facultad de Derecho-Jornada matutina Universidad de San Carlos de Guatemala
85	**La interpretación de los contratos**	Carmen Abril Gómez Claudia Amado Pellecer Jorge Arenales de la Roca Airí Gonzalez Meneses Jary Méndez Maddaleno Andrés Vásquez Taracena Facultad de Derecho UFM
122	**Ley de Arbitraje, decreto número 67-95, Congreso de la República de Guatemala**	

No es tan sólo una más, sino una experiencia inolvidable...

Hace pocos días, el Dr. Rigoberto Juárez-Paz, xplicaba la diferencia entre lo racional y lo razonable, firmaba que ésto último es lo que debe dictar al emitir n fallo, el juzgador y ésto hizo evocar en mi mente na de las experiencias más satisfactorias en mi arrera como docente.

Estudiar Derecho Procesal Penal, no es como algunos reen, aprender "machotes" y ritos, es aplicar derecho onstitucional inada menos! y mis estudiantes lo aben bien: ¡es estudiar Derecho Procesal Penal!.

Después de los estudios teórico-doctrinarios y su elación con la ley,[1] han descubierto una serie de onocimientos que creo nunca imaginaron -porque ie lo han dicho-, se imaginaban otra cosa, es decir, la radicional forma de aprehender derecho procesal enal. Ese descubrimiento es el resultado del sfuerzo de cada uno de ellos, que no puedo medir por u esfuerzo -como nos indica Hayek- sino por los roductos que han generado día a día en su prendizaje.

Todas mis anteriores promociones merecen mi espeto y mi aprecio por el ímpetu que han puesto al studiar esta área, que me ha permitido aprehender nto a ellos; sin embargo, esta vez quiero referirme a a promoción del '96, de la que pronto deberé lespedirme, pues concluye en el presente ciclo sus studios de abogacía y notariado.

A través de los análisis de los sistemas procesales enales y de los principios y garantías onstitucionales penales, hemos descubierto un amino bien definido que no se circunscribe a las ormas del Código que nos rige, saben bien quienes ueden recorrer ese camino y qué camino elegir dependiendo del fin al que se pretende llegar: "esos caminos son los procedimientos penales" [2], también conocen de los medios a su alcance para poder corregir las fallas y saben que el principio de legalidad no concluye al dictarse una sentencia, sino que continúa en el caso de que haya una condena, hasta que ésta se cumple.

La promoción del '96, sabe que a quien se le considere imputado, debe informársele de sus derechos, someter al sospechoso ante la autoridad judicial y que ésta, después de recibir su declaración[3], deberá resolver su situación jurídica.

Para iniciar el procedimiento común hace falta tan sólo una sospecha -siguiendo el análisis del movimiento del péndulo de un reloj, tan sólo hace falta en ese momento tener una probabilidad negativa o positiva, duda o certeza positiva respecto a la participación del individuo en la comisión de un delito- [4] que se convertirá en "nada" o en "algo", después de que el juez reciba la declaración del imputado, donde se podrán desvirtuar o confirmar las probabilidades, dudas o certezas.

Un abogado inteligente necesita buscar las posibles soluciones bajo contraloría judicial[5], y de no ser posible[6], debe iniciarse proceso en contra del imputado [7] y ligarse a el, mediante el auto de procesamiento, para inmediatamente después dictar la prisión preventiva o provisional o una de las alternativas a la prisión preventiva [8], siempre que no haya peligro de fuga o que el imputado pueda obstaculizar la prueba.

También han aprehendido que "quemarle incienso al rito por el rito mismo", no constituye el fin inmediato

---

1 Derecho positivo guatemalteco y comparado.
2 El común, los específicos y las medidas alternativas para solucionar las causas bajo la contraloría de un juez, en forma rápida cuando la ley lo permite, antes de llegar al juicio penal.
3 Momento en que el imputado, a quien se le presume inocente durante todo ese "camino", ya ha conocido sus derechos y ha ejercido -y seguirá ejerciendo hasta que finalice el proceso- tanto su defensa material como la técnica -es decir un abogado particular o público, en su defecto- o incluso, autodefenderse cuando el imputado sea abogado colegiado. Más ampliamente en Quiñones Donis, Brenda Anabella. **La Declaración del Imputado y la Confesión. Análisis Teórico-Legal.** Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Francisco Marroquín. Año V No. 11. Segunda Epoca. pág. 33-57.
4 Delitos de acción pública "puros" o "a instancia" -en éstos últimos siempre que medie la respectiva autorización-.
5 Criterio de oportunidad, que no es más que un principio de oportunidad reglado; conversión y suspensión condicional de la persecución penal.
6 Porque debe mediar una serie de requisitos para su aplicación, como la anuencia de la víctima, la reparación del daño causado y la autorización del juez, entre otros, como algunos requisitos respecto al requerimiento del fiscal, en lo relativo a la posible pena privativa de libertad que cree, se podría imponer en caso de resultar culpable el imputado; los casos de la pena natural; participación mínima del imputado; delitos de acción pública a instancia; delitos contra el patrimonio; y, los requisitos que regula el Código Penal respecto a la suspensión condicional de la pena.
7 Que dejó de ser un simple sospechoso, con base en la evidencia con que cuenta el juzgador.
8 Medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva o "los sustitutos" como comúnmente se conocen.

del proceso penal, sino la averiguación de la verdad histórica, y que por tanto, las garantías individuales son una guía que va marcando el camino a seguir en una determinada causa.

Conocen de la importancia de manejar bien la prueba en el procedimiento preparatorio o de investigación, que deben buscar apoyo científico, técnico o artístico, etc., para comprender ampliamente el caso que tengan en sus manos y del que son responsables; saben que pueden buscar ayuda en las agencias oficiales o en privadas y que pueden contratar a consultores técnicos (peritos) para que los ilustren respecto a disciplinas o ciencias que desconocen. Saben que un buen abogado penalista, debe fundamentalmente, no ser arrogante creyendo ser enciclopedia que "todo lo sabe" respecto a ciencias diferentes de la que estará "licenciado" - de ésta última sí que debe estar seguro conocer-.

Han descubierto que las pruebas reinas de antaño: la confesión y las declaraciones de testigos, no son determinantes y que hay otros medios que pueden también aportar elementos para recrear la verdad "histórica" [9], analizada en su conjunto (método general del examen crítico). Saben que el reconocimiento de personas y cosas, los peritajes, la reconstrucción del hecho, careos, los documentos e informes, la inspección judicial, los indicios y presunciones son los instrumentos más audaces para hacer bien el papel que se ejerza [10], como abogados penalistas: jueces de instrucción o de sentencia, fiscales, acusadores particulares [11] o defensores [12] y que no deben olvidar en el análisis de conjunto, a las máximas de la experiencia, ni los hechos notorios y evidentes, porque todas las pruebas se valoran de conformidad a la sana crítica racional [13], es decir, las reglas de la lógica, la psicología y las máximas de la experiencia, en suma: **lo razonable.**

Están conscientes que para que concluya la etapa o fase preparatoria del procedimiento común, es indispensable contar con medios de investigación objetivos, relevantes y pertinentes que apoyen el requerimiento fiscal [14].

Pero conocen también que si en ese momento procesal existe duda, debe dictarse una clausura provisional fiscalizada por el juzgador. Incluso el juez puede conminar al fiscal a concluir la fase de investigación en un tiempo determinado, cuando no ha presentado el respectivo requerimiento fiscal, ya sea porque no existen o faltan medios de investigación pertinentes dentro de la causa para acusar; el juez es, el único garante y contralor judicial de esa fase y de esa actividad fiscal. [15]

---

9 O "real" para mi disgusto, ya que no puede haber más verdad que lo que es verdad -"real" es un resabio más del sistema inquisitivo-.

10 Me refiero a los casos reales o hipotéticos que realizan y seguirán realizando durante el presente semestre en sus clínicas penales como estudiantes (no obstante los que ya han realizado).

11 Querellante adhesivo según nuestra legislación.

12 Públicos o particulares.

13 Sana crítica razonada determinó el legislador, sin percatarse de la reiteración, ya que no puede haber "sana crítica racional" sin que sea razonad

14 Que puede contener la solicitud de archivo, sobreseimiento, clausura provisional o una acusación.

15 Recordemos que el plazo para dar por concluída la etapa preparatoria, a la que se refiere la ley: "dentro de los seis meses siguientes al auto de procesamiento" se dirige a garantizarle al resto de sujetos procesales, su facultad para fiscalizar la actividad preparatoria para promover la acción fiscal; en otras palabras: ésto significa que un requerimiento fiscal (que concluye la etapa preparatoria) puede presentarse ante el juez al siguiente día, a los quince días, al mes, a los dos meses, etc. a partir de dicho auto, pero ésto dependiendo de la causa que se trate y los medios de investigación que la apoyen; desde luego no es cierto que los fiscales tengan "hasta seis meses" para acusar o plantear sus requerimientos fiscales, que den por concluido el período preparatorio; debe entenderse que durante dicho plazo el acusador particula (si es que hay) o el defensor, pueden solicitarle al juez su intervención, o incluso éste de oficio debe controlar la legalidad de la actividad fiscal, actividad que puede restringir o ampliar dependiendo de la eficiencia del fiscal y el diligenciamiento de la causa.

l requerimiento fiscal debe ser fiscalizado, sustancial formalmente de los sujetos procesales y la causa, aún uede concluir ahí, si la información que la ndamenta arroja certeza negativa respecto a la articipación del imputado o sobre la existencia del upuesto delito. [16]

ambién han aprehendido que de existir robabilidad negativa o positiva, o certeza positiva in que se menoscabe la situación de inocencia del nputado- debe abrirse la tercera fase del rocedimiento común, es decir, la etapa de juicio o ebate; Carnelutti lo define bien, el proceso penal no irve para castigar sino para saber "si se debe astigar", porque un "castigo sin juicio sería en vez de astigo, un nuevo delito" [17], en otras palabras, antes e llevar a juicio a un individuo, debemos estar eguros respecto a la probabilidad de juzgar.[18]

a promoción del '96 sabe también que durante el uicio penal, después de reproducirse las pruebas, en aso de duda, probabilidad negativa o positiva o erteza negativa, el imputado debe ser absuelto y que l fiscal, cuya función primordial es objetivar la ley y acer que se haga justicia (porque es parte en sentido ormal y no en sentido material en el proceso penal), uede incluso replegarse y pedir, al emitir onclusiones o al emitir su argumento final, que se plique el "in dubio pro reo" o se absuelva al nputado por no existir prueba sustancial en su contra. Hay que ser sumamente cuidadoso con ésto, porque no podría admitirse la condena de un inocente (error judicial positivo) ni tampoco absolver a un culpable (error judicial negativo).

Para no correr esos riesgos, la promoción del '96, ha realizado algunos juicios penales, orales, públicos, contradictorios y continuos, dónde se han realizado debates y discusiones al respecto.

La preparación de "su caso penal" [19] inicia con la entrega de casos reales o hipotéticos, que requieren del análisis y la complementación de la información. Han estudiado previamente las técnicas de la entrevista, para poder obtener la información relevante y pertinente del imputado y de los órganos de prueba, han solicitado apoyo de expertos en su preparación y han ido presentado y/ o fiscalizando la obtención e incorporación de medios de investigación o el diligenciamiento de pruebas anticipadas; en ese transcurso asisten legalmente a sus clientes, además deben ir preparando las posibles versiones o teorías del caso (como hipótesis a comprobar), debido a que deben plantearse no sólo las propias -que van descartando mediante el acopio de evidencias que las descalifican- sino también las de su contraparte, para estar preparados y enfrentar a estas últimas, sin sorpresas de última hora -con información precisa y verosímil- en el transcurso del juicio penal que les espera, ya que en ese momento, no podrán pedir

6 La fase o procedimiento intermedio puede concluir con un archivo, un sobreseimiento, una clausura provisional o la apertura del juicio penal. (Incluso en la audiencia preliminar al debate, puede darse una de las tres primeras -ante el tribunal de sentencia-.

7 Carnelutti, Francesco. Cómo se hace un Proceso. Bogotá: Temis, 1989. pág. 15 y 16; sobre los estados intelectuales del juzgador, más ampliamente en Cafferata Nores, José I. La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires: Depalma, 1988.

8 Es indispensable anotar acá, que cuando el fiscal en el requerimiento fiscal, solicita sobreseimiento o clausura, el acusador particular puede solicitarle al juzgador, le permita formular la acusación, siempre que existan medios de investigación que informen de esta posibilidad. En la actualidad esta pobre "posibilidad", ha entreabierto la puerta contra el "monopolio de la acción penal pública" que tiene el fiscal, que tanto daño ha causado en la práctica, debido a la "burocratización en la promoción de la acción" (sólo cuando el fiscal acusa continúa el proceso a las fases siguientes): de todos es sabido que sólo en las causas donde existe acusador particular avanza, en alguna medida la causa; las otras, no obstante la obligación del fiscal de iniciar y continuar las causas hasta sus últimas consecuencias -de conformidad a la ley- "duermen el sueño de los injustos". Por ello insisto una vez más, sobre la necesidad de reformar el Código en este sentido, debe incorporarse la posibilidad de que el "acusador particular" pueda acusar penalmente; no es posible que sigamos dependiendo -por ley- de un fiscal -nada diligente- que obstaculiza nuestro derecho a acusar a quien ha cometido un delito (algunas veces no obstante las pruebas con las que se cuenta y que se evaporan por esa inactividad mientras el tiempo transcurre), debido a una serie de pretextos o justificaciones que no tienen nada que ver con el derecho del ciudadano guatemalteco de exigir que se administre justicia.

9 Han participado en tres diferentes equipos, como fiscales, defensores, jueces de instrucción o jueces de sentencia, además han participado como testigos y peritos.

SAN FRANCISCO DE QUITO
REVISTAS

prórrogas (excepto las establecidas por la ley que constituyen plazos mínimos y que deben justificarse) para regresar a estudiar y preparar el caso.

Para ello, la promoción del '96 tiene claro, que debe realizar sus investigaciones y plasmar la información en los cuadros que se refieren al elemento de prueba sobre la "pertinencia", es decir el dato probatorio en dos extremos: el objetivo, que se refiere a la existencia del hecho y el subjetivo, que se refiere a la posible participación del imputado, así como respecto a las relaciones entre uno y el otro. De esta manera cada estudiante, desde el papel respectivo que desempeña en la clínica penal, encuentra bases para objetar las presentaciones o interrogatorios, así como pruebas extraordinarias de su contraparte, de tal manera que van dejando bien sentado cuáles son los "hechos probados" que apoyan su versión o teoría de su caso.

Conocen la relevancia de saber manejar y relacionar los órganos de prueba con los objetos de prueba, así como la mejor manera de exhibir a éstos últimos y otros auxiliares, como diagramas, mapas, fotografías, ejemplificaciones, etc. Además conocen sobre la facultad de tener junto a ellos a "consultores técnicos" para que en caso de que se discuta y se utilice terminología técnica o deliberadamente "rebuscada" -no obstante su previa preparación- en alguna ciencia, disciplina o arte, no lo sorprenda su contraparte, tratando de incorporar información al debate, no controlada por él, por desconocimiento. Esta contraloría durante el juicio penal se realiza a través del interrogatorio o examen directo y el cruzado[20] al imputado [21], a los órganos de prueba (testigos, peritos) y a través de las objeciones a los interrogatorios recién señalados, como a la incorporación por lectura de informes, documentos, incorporación de información contenida en videos o cintas magnetofónicas[22], para que finalmente, tanto el acusador (oficial y/ o particular) como el defensor, emitan conclusiones o presenten su argumento final[23], después tanto el fiscal como el defensor tienen derecho a réplica.

Luego los miembros del tribunal se retiran a deliberar en privado, quienes deben valorar la prueba de conformidad a la sana crítica racional, es decir, lo **razonable**. La promoción del '96 ha realizado (por efectos pedagógicos) las deliberaciones frente a sus compañeros.

No puedo dejar de mencionar, finalmente, que la Promoción del '96, se ha constituido (debido a sus profundos estudios en estos últimos tres semestres y medio) en un grupo que analiza críticamente las instituciones de nuestro Código Procesal Penal incluso proponen soluciones precisas y bien fundadas, a los problemas que tiene el mismo cuerpo normativo, como los que se han generado de su aplicación. [24]

Toda esta serie de prácticas o clínicas penales, se han realizado en las aulas y en nuestro auditorio, incluso con la participación de estudiantes de otros semestres y con la participación de distinguidos profesores invitados del extranjero. La promoción del '96 espera con mucho entusiasmo realizar sus últimas clínicas penales como estudiantes durante el presente semestre, en nuestra Sala de Juicios, la que, a iniciativa del Señor Decano de la Facultad de Derecho, Lic. Eduardo Mayora Alvarado, ha sido autorizada por el Consejo de nuestra Universidad.

Por todo ello, concluyo entonces -con mucho orgullo y satisfacción- que **no es tan sólo una más, sino una experiencia inolvidable...**

Guatemala, marzo de 1996

Brenda Anabella Quiñones Donis
Especialista en Ciencias Penales UCR
y Directora de Area de Derecho Procesal Penal UFM

20 Utilizando adecuadamente las técnicas para el examen directo, cruzado y para objetar.

21 Sólo cuando éste decide voluntariamente declarar.

22 Que sabemos deben ser vistas y escuchadas, respectivamente, para que se tengan como incorporadas al debate.

23 Debe tomarse en cuenta que el abogado, no puede presentar argumentos al iniciar el juicio -a diferencia de otros sistemas-. Durante el examen directo y cruzado tampoco puede argumentar, debe referirse a hechos y dedicarse a "interrogar" y si es pertinente, "objetar". Tanto al imputado como a los órganos de prueba se les invita a declarar (los últimos bajo juramento) respecto a lo que saben del hecho y con posterioridad se inicia el examen de los mismos, mediante el interrogatorio de los abogados, y finalmente si lo desean los miembros del tribunal, también pueden interrogar. Emitir conclusiones no significa "repetir" lo acontecido durante el juicio penal; el Presidente del Tribunal puede disciplinar al abogado que se dedique a realizar remembranzas de cuanto aconteció, en lugar de exponer lo que pretende, después de haber presenciado durante el juicio, la reproducción de las pruebas que apoyan o no su versión del caso.

24 Reconocemos que el Código y la implementación del mismo, tienen serios problemas que hay que resolver. Esos análisis críticos a la Ley Orgánica del Ministerio Público y las leyes que crearon a los tres cuerpos policiacos de Guatemala.

LA BOLSA DE VALORES, SU REGULACION JURIDICA Y OTROS ASPECTOS

. Introducción

. El Derecho y la Economía se relacionan de múltiples ıaneras: 1.- cuando la Constitución Política y otras ormas jurídicas que la desarrollan definen el égimen económico del Estado, estableciendo los rincipios en que debe basarse (Arto. 118); los spectos dc la economía sobre los cuales los poderes úblicos del Estado deben actuar (Arto. 119); y el istema económico que ha de protegerse (Arto. 130); .- cuando las normas jurídicas se refieren a cuestiones e contenido económico, como ocurre con la llamada legislación económica" y con otras ramas del)erecho como el Derecho laboral, el Derecho omercial, el Derecho tributario, etc.; o 3.- cuando el egislador sujeta la acción del poder público a onsideraciones de índole económica, como acontece uando se exige a los interesados en obtener alguna icencia o autorización gubernativa presentar studios económicos que justifiquen su expedición u torgamiento.

Cualquiera de los criterios arriba mencionados se bican en la superficie, por así decirlo, de la cuestión e fondo. No son criterios que nos permitan apreciar ıs consideraciones económicas que influyen en la reación del Derecho, ni los efectos económicos del rdenamiento jurídico positivo en la vida real (tanto os deseados como los imprevisibles). Ninguno de ichos criterios nos acerca a las consecuencias, por jemplo, de que nuestra Constitución Política isponga que nuestro régimen económico se funda en rincipios de "justicia social", a la vez que impone al stado la obligación de proteger la "economía de ıercado".

2. Desde hace unos cuarenta años a esta parte empezó a desarrollarse sistemáticamente la disciplina conocida como "Análisis económico del Derecho", inicialmente y sobre todo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, en los Estados Unidos.[1] Actualmente esta disciplina florece no solo en ese país, sino que en el Reino Unido, en Europa Continental y también en Iberoamérica.[2] El objeto principal de esta disciplina consiste en aplicar la metodología analítica de las ciencias económicas al Derecho, de manera que a partir de ciertos postulados económicos pueda llegarse a comprender y explicar el Derecho desde otra perspectiva. Esta otra perspectiva no es un enfoque excluyente ni superior a otros enfoques, sino que uno más. Permite, eso si, llegar a ciertas conclusiones relacionadas con el progreso económico de los pueblos (o con su estancamiento), que no podrían deducirse con igual facilidad empleando otros enfoques o perspectivas metodológicas. Para adentrarse en el análisis económico del Derecho, por otra parte, no se requiere ser economista ni matemático, sino que sólo se requiere considerar la validez de ciertos postulados económicos fundamentales, que, aplicados a lo jurídico, nos permiten apreciar otras de sus dimensiones.

3. El análisis económico del Derecho no se circunscribe a las ramas del Derecho de contenido patrimonial o negocial, sino que es aplicable a cualquiera de ellas: el Derecho penal, el Derecho de familia, el Derecho administrativo, etc. Esto es así porque la economía no es, como a veces se piensa, una ciencia de números o estadísticas, de gráficas y de fórmulas. La economía tiene por objeto el estudio

---

Cfr. Veljanosvski, Cento "THE ECONOMICS OF LAW. AN INTRODUCTORY TEXT", Hobart Paper 114 del Institute of Economic Affairs, Gordon Pro-Print Co Ltd. Gran Bretaña 1990: "The Chicago Programme in law and economics dates back to the early 1940s when Henry Simons was appointed to the law faculty. After Simons's death in 1947, Aaron Director took over his teaching responsibilities and in 1949 was appointed Professor of Economics in the Law School... In 1958, the law and economics programme at Chicago entered a new phase with the founding of the Journal of Law and Economics under the editorship first of Aaron Director and then of Ronald Coase" (Pag. 19).
Para una obra en castellano de carácter introductorio véase: Torres López, Juan "ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, PANORAMA DOCTRINAL", Editorial Tecnos, S.A. 1987, Madrid.

del comportamiento humano frente a la escasez; el análisis y explicación del comportamiento humano en términos de cómo empleamos los medios a nuestro alcance para conseguir los fines que nos proponemos, o bien, como suele decirse, el análisis del empleo de los recursos, siempre escasos, para satisfacer las necesidades, siempre ilimitadas.[3]

4. Los postulados económicos de los que hablamos son aquellos del llamado "modelo neoclásico", que podemos resumir así:

* el **"individualismo metodológico"**, consistente en que sólo se considera objeto de análisis el comportamiento individual; el comportamiento de cada individuo frente a la escasez. Nótese que no se trata de un estudio del "comportamiento egoísta", sino que del "comportamiento individual" frente al problema de la escasez y que el comportamiento de las "colectividades" se analiza a partir del comportamiento de los individuos que toman las decisiones al seno de las mismas.[4] Según el "individualismo metodológico" es un error atribuir voluntad decisoria, como tales, a lo que en Derecho denominamos "personas jurídicas". No es que para efectos jurídicos las personas jurídicas deben considerarse carentes de voluntad eficaz, sino que para efectos de comprender la dinámica de su actuación, es necesario fijarse en el entorno normativo que envuelve a las personas físicas que en la realidad factual, toman dichas decisiones. Así, por ejemplo, el análisis económico del Derecho nos permite predecir que si los administradores de una sociedad no fuesen legalmente responsables frente a los accionistas por su gestión, es probable que los haberes sociales serán malgastados, probablemente en beneficio personal de los administradores y no de la sociedad. En terminología de la disciplina a que nos referíamos, diríase que como el *coste* para los administradores de aprovechar para sí los haberes sociales, en desmedro de los accionistas, es muy bajo (por no existir responsabilidad legal), los administradores tenderán a *beneficiarse a costa* de los accionistas. Para evitar que esto suceda, es necesario incrementar el *coste* de malgastar los haberes sociales mediante la "clara" definición de las responsabilidades legales de los administradores. De esta última proposición puede colegirse también que, si la definición de las responsabilidades de los administradores fuese "vaga" o "ambigua", el *coste* de malgastar los haberes sociales sería un poco mayor que si no hubiese del todo responsabilidad legal, pero no sería tan alto como si dicha responsabilidad se hubiere definido con claridad. El corolario de este sencillo ejemplo es naturalmente, que si se considera deseable que los administradores de las sociedades mercantiles *optimicen* (o tienda a ello) los haberes sociales, es entonces necesario hacerles *costosa* la conducta opuesta, mediante una clara definición de sus responsabilidades legales. Evidentemente, si dicha responsabilidades no fuesen fácilmente deducibles ante la justicia (pública o privada), obviamente, el *coste* de ser irresponsable no se habría "prácticamente" incrementado (aunque sí teóricamente), lo que lleva a otra importante conclusión: si una norma sustantiva pretende imponer un *coste* a cierta conducta individual (para estos efectos no existe otro tipo de conducta), pero las normas procesales o su implementación hacen excesivamente *costosa* la aplicación de tal norma sustantiva, este "*coste* de aplicación" anula el primero (es como estipular una multa que de antemano se sabe que no será cobrada).

* Los individuos actúan racionalmente, es decir persiguen la maximización de su *beneficio* o utilidad. "No se trata de saber por qué los individuos prefieren una cosa u otra, una situación a otra, sino que se establece que si una alternativa ha sido elegida es porque le reporta una mayor *satisfacción, utilidad*

3 Algunas personas prefieren hablar de "Praxeología" más que de "Economía", porque la primera define su objeto como la ciencia de la "acción humana", formando parte de ella la segunda, en todo lo que se refiere a la acción humana en los mercados. Sobre este tema véase: Von Mises, Ludwig "ACCION HUMANA", Unión Editorial, Madrid 1968.

4 Para el modelo neoclásico es un error metodológico considerar que las "colectividades" actúan en forma autónoma, independientemente de los individuos que las integran. Obviamente, quienes son de opinión que las organizaciones colectivas verdaderamente "actúan", es decir, verdaderamente expresan su voluntad propia, independiente de los individuos que las gobiernan o dirigen, tendrían que negar cualquier valor o utilidad al análisis económico del Derecho, en la medida en que este se basa en el "individualismo metodológico". Nuestra formación jurídica podría ser un obstáculo para la comprensión del postulado del "individualismo metodológico", puesto que estamos acostumbrados a pensar en términos de que la voluntad de la "persona jurídica" es distinta de la de las personas naturales que la conforman. Esto es así de lure, pero no de hecho. De hecho, son personas naturales las que toman las decisiones, a las que el Derecho atribuye ciertos efectos específicos. El "individualismo metodológico" no debe entenderse de lure sino que de facto.

neficio".[5] Por otra parte, por comportamiento cional tampoco debe entenderse "comportamiento goísta", por cuanto que muchas personas estiman *neficioso* para sí mismas -por consideraciones ligiosas, filantrópicas o éticas- el actuar solidario o truista. En ese sentido, es perfectamete racional el oceder del que renuncia a su personal satisfacción este mundo, esperando otra mayor en el más allá. e este postulado puede, por ejemplo, inferirse que tiene gran sentido legislar las situaciones xtremas" como si fuesen la regla general. Para strar este aserto véase como algunas personas nsideran que frente al problema del lavado de nero del narcotráfico todas las sociedades bancarias financieras sólo debieran emitir acciones minativas, con lo cual se podría controlar mejor a s propietarios; ahora bien, esto tendría sentido si se nsiderase que, por regla general, los propietarios de chas sociedades se dedican al lavado de dinero del rcotráfico, en caso contrario, se estaría imponiendo *stes de transacción* a la generalidad de las personas, rivado del comportamiento de un grupo más bien ducido (la sabiduría popular lo expresa así: "justos gan por pecadores"). Claro está que podría ser que haya establecido fehacientemente que la neralidad de los accionistas de las citadas ciedades se ven muy seriamente afectados por las tividades de lavado de unos pocos y, de esa suerte, medida les causaría *costes*, pero también *beneficios*. estos últimos fuesen visiblemente mayores que los rimeros (los *costes* de la medida) la norma con que se stra este tema (la prohibición de emitir acciones al rtador) adquiriría sentido desde la perspectiva del álisis económico del Derecho. Este principio de ción racional maximizadora no significa, por otra arte, que todos entienden lo mismo por aximización. Mas bien por el contrario, de este rincipio se deriva la noción de que sólo cada dividuo puede determinar lo que a su juicio nstituye una acción maximizadora, por lo que sería ntrario a este postulado usar el poder coactivo del erecho para imponer conductas a ciertas personas, orque otras personas estiman que esas son las nductas que más les *benefician*. No tiene, por tanto, ingún sentido obligar a las personas a comprar o a ender a determinados precios, o fijar precios topes o recios mínimos, etc.

Torres López, Op. Cit., pág. 30 y sigs.
Idem nota 5. supra.
Idem nota 5. supra.

* Toda decisión tiene un *"coste de oportunidad"* lo cual significa que siempre que hacemos uso de cualquier recurso para determinado fin renunciamos a todos sus otros usos alternativos,particularmente, renunciamos al valor del recurso en cuestión en su mejor uso alternativo.[6] Si tomamos de nuevo el ejemplo de arriba, diremos que al obligar a todas las sociedades bancarias o financieras a emitir acciones nominativas, se estarían perdiendo todos los *beneficios* de que estas sociedades emitan acciones al portador. Es probable que tales *beneficios* superen los *beneficios* esperados de la prohibición, con lo cual, imponer tal prohibición carecería de sentido desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Este concepto de *coste de oportunidad* permite también comprender que no hay norma jurídica prohibitiva o imperativa que sea "gratuita", puesto que la imposición de cualquier conducta nos obliga a prescindir de las demás, como también la prohibición de cualquier conducta nos obliga a prescindir de ella. Puede ser que los *beneficios* derivados de prescindir de la conducta prohibida sean mayores que los que podrían derivarse de su realización, en ese caso, el *coste de oportunidad* sería menor que el *beneficio* y, por consiguiente, la medida se consideraría juiciosa. Ahora bien, en múltiples ocasiones es sumamente difícil medir los *costes* y los *beneficios*, puesto que la información necesaria no siempre está disponible, por ejemplo. Por consiguiente, la ley no debiera ser imperativa o prohibitiva sino en circunstancias en las que sea evidente que los *costes* de la prohibición legal serán menores que los beneficios.

5. De los postulados expuestos derivan una serie de consecuencias o corolarios, tales como que los individuos prefieren lo más a lo menos; que a mayor abundancia relativa de un bien, disminuye su precio y viceversa; que la conducta maximizadora de los individuos lleva su acción hasta el punto en que su *beneficio marginal* iguale su *coste marginal*; y que todos los bienes son sustituibles.[7]

6. El análisis económico del Derecho es entonces un marco de análisis que permite explicar por qué es que las personas se comportan de cierta manera ante determinados esquemas normativos, como también

UNIVERSIDAD FRANCISCO M. TORRES
REVISTAS

permite predecir, dentro de ciertos límites comunes a cualquier ciencia social, cómo actuarán las personas frente a determinados esquemas normativos.

II. La Bolsa de Valores

.¿Qué puede decirnos el análisis económico del Derecho en cuanto a la bolsa de valores?

1. Para empezar, que la bolsa de valores no es una "institución" con vida propia, que toma decisiones como tal, sino que se trata de una serie de individuos que toman decisiones de naturaleza diversa, según el rol o papel que les corresponde. Por esa razón, expresiones como "la bolsa cerró a la alza" o "la bolsa se desplomó", deben emplearse dentro de un contexto adecuado y no deben extrapolarse a situaciones en las que se transmitiría una idea errónea de la bolsa, personificándola.

2. ¿Qué tienen en común las decisiones que toman los individuos que participan en la actividad bursátil, que las distinga de otros tipos de decisiones? Fundamentalmente, que se trata de decisiones que, más o menos directamente, tienen por objeto los negocios jurídicos de intercambio temporal o definitivo de valores (que en la jerga del análisis económico del Derecho y en este trabajo serán llamados "*transacciones*"). Estas transacciones,* en su conjunto, conforman un *mercado*, en el mismo sentido en que llamamos al conjunto de transacciones que ocurren en "la Placita" un *mercado*. Algunos identifican la *bolsa de valores con el mercado de valores*, en vista de que, precisamente, todo en la bolsa gira, más o menos directamente, en torno a las aludidas *transacciones*.

¿Quiénes son los grupos de individuos que toman decisiones en la bolsa? Un primer grupo de individuos son los agentes o corredores de bolsa (que en las legislaciones o regulaciones bursátiles suelen también denominarse "casas de bolsa" cuando están organizados como sociedades mercantiles y en este trabajo denominaremos simplemente "*corredores*"). Los *corredores* -y no la bolsa- son fundamentalmente los intermediarios entre los oferentes de recursos y los demandantes de recursos, aunque con frecuencia realizan *transacciones* por su propia cuenta y *riesgo*.

Muchas personas se pronuncian con frecuencia en contra de "los intermediarios" porque piensan que se aprovechan de la ignorancia ajena para lucrar. Suele creerse que los intermediarios encarecen las negociaciones comerciales, cargando sus gravosas comisiones. Sin embargo, en la realidad y desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, los intermediarios sirven para reducir uno de los más importantes *costes de transacción:* **la información.** En efecto, si no fuese porque los intermediarios se ocupan de manejar información valiosa y oportuna sobre las *transacciones* en las que se les involucra a solicitud de sus clientes, muchas, muchísimas *transacciones* jamás se realizarían. Esto no significa, claro está, que todos los intermediarios son *eficientes*, es decir, que todos los corredores efectivamente cuentan con la información oportuna para facilitar una *transacción*. Algunos *corredores* son más *eficientes* que otros, porque aplicando el postulado de la *actuación racional maximizadora de beneficios*, ellos entienden que mientras más *eficiente* es un *corredor*, más *beneficios* debiera percibir y, por el contrario, un corredor menos *eficiente* debiera percibir menos *beneficios*. De esta proposición tan elemental puede deducirse que, en principio, no tendría sentido imponer legislativamente un arancel de comisiones común y obligatorio para todos los *corredores*, puesto que en tal caso el *incentivo* para ser *eficiente* desaparecería. Dicho de otra manera, de considerarse deseable que los *corredores* sean *eficientes*, la ley no debiera destruir o distorsionar el sistema de *incentivos* para la *eficiencia*, es decir, las comisiones que se paga a los *corredores*.

3. ¿Qué diferencia al intermediario bursátil del que no lo es? Una diferencia importante entre el mercado bursátil y otros mercados de valores "no organizados", que podríanse llamar mercados extrabursátiles, es que en el mercado bursátil suele garantizarse, hasta cierto punto, el cumplimiento de las obligaciones que los *corredores* asumen por cuenta de sus clientes, o por su propia cuenta. Esto tiene como consecuencia, obviamente, que el *riesgo* de operar en un mercado bursátil es generalmente menor que el de operar en mercados extrabursátiles, lo cual desde luego no significa que no existan *riesgos*. Lo que los *corredores* suelen garantizar a sus clientes o garantizarse entre sí, es que los valores que se ofrecieron serán entregados al precio pactado y que

* En este trabajo aparecen en cursivas aquellas palabras o frases que suelen formar parte de la jerga bursátil o de la jerga del análisis económico del derecho.

precio también será entregado. Si, por ejemplo, egado el vencimiento del plazo de los valores -en iso que sean representativos de deuda- su capital e tereses se pagará o no, es cuestión aparte. Por eso que siempre hay ciertos *riesgos*.

¿Por qué habrían de molestarse los *corredores* de currir en el *coste* de otorgar una garantía, a menos ie fuese por una obligación legal, impuesta desde riba? De nuevo, con base en el postulado de la *tuación racional maximizadora de los individuos*, esto lo ocurriría si los *corredores* perciben que los *neficios* esperados serán superiores al *coste* de orgar las garantías. Dicho de otra manera, si al orgarse garantías el número de clientes y el volumen e las *transacciones* se incrementase lo suficiente como ara cubrir el *coste* de otorgarlas y, además, para enerar un *beneficio* mayor que el *beneficio* que podría otenerse en ausencia de las garantías, los *corredores sí* s otorgarán, aunque no sea legalmente obligatorio.

ero algunas personas son de la opinión que las arantías sí debieran otorgarse aunque no sea *neficioso* para los *corredores*. ¿Tendría esto sentido esde la perspectiva del análisis económico del erecho? Según ha quedado dicho, la conducta aximizadora de los individuos lleva su acción hasta punto en que su *beneficio marginal* iguale su *coste arginal*.[8] Esto significa que los individuos no miden s *costes y beneficios* en términos absolutos ("todo o ada"), sino que *marginalmente*. Por ejemplo, cuando n individuo está por decidir si emplea cien quetzales ara adquirir un par de pantalones o un par de apatos, lo que realmente se pregunta es si el *coste arginal* de prescindir de un par de zapatos frente al *neficio marginal* de adquirir un par de pantalones es ayor o menor. Dicho de otra forma, si un individuo a tiene tres pares de zapatos y sólo un par de antalones, es muy probable que considere que su *neficio marginal* es mayor si emplea sus cien uetzales adquiriendo un segundo par de pantalones; ero si ya tiene seis pares de pantalones y sólo un par e zapatos, es muy probable que considere que su *neficio marginal* es mayor si emplea sus cien uetzales adquiriendo un segundo par de zapatos.

Nótese que en ambos casos el precio monetario de adquisición es el mismo: cien quetzales; lo que cambia es el *coste o beneficio marginal*. Volviendo al problema de las garantías, los *corredores* tendrán que preguntarse si, en presencia del *coste* de la garantía, impuesto por la ley, su *beneficio marginal* no se ve disminuido hasta tal punto que su *coste marginal* de ser *corredores* resulta mayor.

5. Esta última consideración se relaciona directamente con el concepto de *coste de oportunidad*, es decir que siempre que hacemos uso de cualquier recurso para determinado fin renunciamos a todos sus otros usos alternativos, particularmente, renunciamos al valor del recurso en cuestión en su mejor uso alternativo.[9] Puede fácilmente imaginarse que los recursos que un *corredor* usa para su negocio de corretaje, podrían también emplearse para una agencia de viajes. Supóngase que esta actividad sería la segunda mejor opción para cualquier determinado *corredor*. Sería entonces a los *beneficios* derivados de operar una agencia de viajes a lo que renunciaría ese *corredor*, de continuar en su actividad de corretaje. Renunciar a tales *beneficios* (los derivados de una agencia de viajes) sólo tendría sentido si los *beneficios* derivados del corretaje fuesen *marginalmente* mayores. Pero como se dijo arriba, la relación entre una actividad y otra (el corretaje y el turismo) cambió como consecuencia de que la ley ha impuesto a los *corredores* la obligación de otorgar garantías a un coste por encima de los *beneficios marginales* que el otorgamiento de tales garantías acarrearía. ¿Qué decisión tomaría un *corredor* ante ese cambio legislativo? Si el *margen de beneficios* entre el negocio del turismo y el del corretaje es suficientemente grande como para absorber sobradamente el nuevo *coste de transacción* (la garantía obligatoria), permanecerá en el corretaje; en caso contrario, lo abandonará. Volviendo a nuestra pregunta original, ¿tiene sentido obligar a los *corredores* por virtud de la ley al otorgamiento de una garantía? Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho la respuesta es sencilla: salvo que se cuente con información completa sobre los efectos que la medida legislativa produciría y que dichos efectos se consideren deseables, la imposición de la obligación legal no tendría sentido.

Idem nota 2. supra
Idem nota 3. supra.

6. Esta última observación conduce al análisis de la siguiente cuestión: ¿Se puede llegar a tener **información completa** sobre los *costes y beneficios* que soportaría o percibiría un tercer individuo al tomar una decisión y, por consiguiente, se justificaría tomar por él la decisión? Salvo por lo que toca a situaciones excesivamente simples y evidentes, es por regla general imposible contar con la **información completa** sobre las circunstancias que pueden afectar las decisiones de terceros. Dicho de otra manera, cada individuo confronta circunstancias diferentes que afectan sus decisiones de forma también diferente y por esta razón, desde la óptica del análisis económico del Derecho, para usar la fuerza coactiva de la ley imponiendo ciertas conductas o previniendo otras, deben existir motivos gravísimos que lo justifiquen, dado que casi nunca puede contarse con **información completa** y, de consiguiente, los efectos de las imposiciones legislativas suelen ser, en su mayor parte, ignorados *ex ante* y sólo conocidos *ex post*, cuando puede ser ya demasiado tarde.

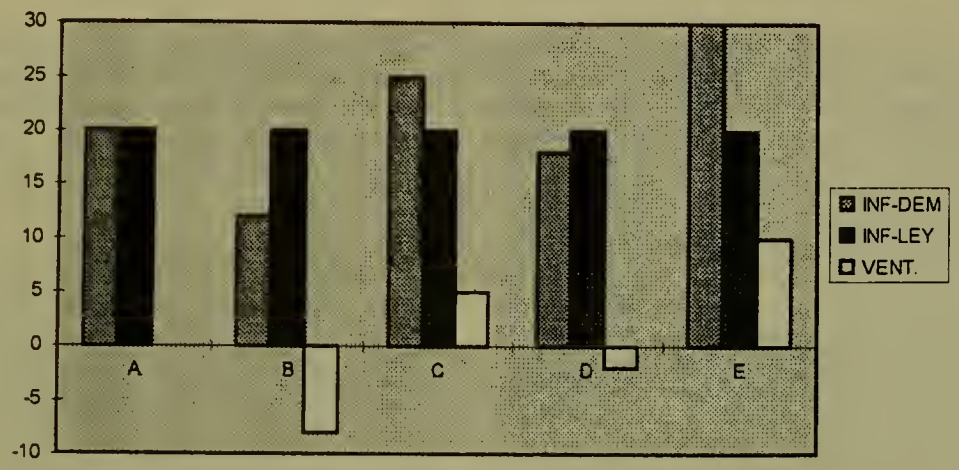
7. Un segundo grupo de individuos participantes en la actividad bursátil son los *emisores* de valores (demandantes de recursos). Son quienes ofrecen al público ciertos *beneficios* por el uso de sus recursos (capital), esperando que ellos, los *emisores*, obtendrán aún mayores *beneficios* por el uso de dichos recursos, si se trata del mercado de deuda, o bien, si se trata del mercado de acciones, son quienes se presentan ante el público como la opción más *beneficiosa* para asignar (invertir) sus recursos.

8. ¿Cómo saber si las promesas de los *emisores* se cumplirán o no? Como antes se indicó, no existe la posibilidad de contar con información completa sobre la situación de terceras personas, mucho menos cuando se trata de su situación futura. ¿Es entonces cierto que jugar a la bolsa o a las carreras de caballos es prácticamente lo mismo? Algunos seriamente piensan que ése es el caso, aunque la opinión predominante entiende que la naturaleza del *riesgo* involucrado en las carreras de caballos es distinta de la naturaleza del *riesgo* que se corre al invertir en valores que se negocian en la bolsa. Lo cierto es que en ninguno de los dos casos, la información puede ser completa.[10] Pero no obstante esta realidad insuperable, todas las bolsas se distinguen de otro mercados no organizados en que ofrecen al públic en general y a sus *corredores* cierta información básic y sistemática sobre la situación financiera y lo acontecimientos más relevantes que afectan l trayectoria de los *emisores* que acuden al mercad bursátil. Aquí surge inmediatamente la pregunta d ¿cuánta información es la que debe proporcionarse a público? Desde la perspectiva del análisis económic del Derecho, la respuesta sería que, salvo que se teng una razón de muchísimo peso, la ley no debiera exigi más información que la que los *emisores*, cada *emiso* estima que *maximiza* sus *beneficios*, teniendo en cuent cuánta es la información que los *inversores* (dueños d los recursos) demandan, lo que equivale a deci aquella información cuyo *coste* de producción divulgación están dispuestos a sufragar. En es sentido, es muy probable que los *inversores* (d quienes hablaremos después) demanden muy po información sobre ciertos *emisores* y much información sobre otros *emisores*. Para empeza ciertos *emisores* son empresas (exitosas o no) que ha ofrecido sus productos o servicios por década mientras que otros *emisores* son empresas (exitosas no) relativamente nuevas; además de su antigüeda hay ciertas actividades empresariales (como la ven de productos alimenticios para consumo human que son de conocimiento más generalizado que otr actividades (como la fabricación microprocesadores); y además de todo ello, h *emisores* que el público percibe (con razón o sin ell como empresas sólidas y, por consiguiente, no preocupa gran cosa por obtener más información.

9. Pero también en este caso hay personas que estim que la ley debe imponer estándares mínimos información, aún si tales estándares no s demandados por el público y, por consiguien suponen *beneficios marginales* inferiores a sus *cos marginales*, o dicho de otra manera, tanto los *emiso* como los *inversores* preferirían usar los recursos q consume la producción y divulgación de a información en otras opciones que ellos consideı más *beneficiosas* para sí mismos, aunque en efe podrían estar equivocados. ¿Conviene entonces, ı así decirlo, permitir que la gente se equivoqı? Veamos la siguiente gráfica:

10 Realmente casi nunca tomamos decisiones plenamente informadas; ni cuando nos casamos o cuando elegimos una profesión. De hecho muc personas encuentran su verdadera "vocación" después de muchos años y, en no pocos casos se trata de algo muy diferente a lo que pensó que verdaderamente le atraía.

GRAFICA 1



llí aparecen las empresas "A", "B", "C", "D" y "E"; n la primera columna aparece la cantidad de ıformación que el público demanda de cada una de stas empresas (INF-DEM); en la segunda, la ıformación mínima que la ley requiere de todas ellas NF-LEY); y en la tercera, la ventaja o desventaja que ı ley otorga a cada empresa (VENT), que viene eterminada por la diferencia entre la información ue el público demanda de cada una de dichas mpresas y la que la ley les exige como mínimo. En el aso de "A", en este ejemplo hipotético, su situación o se ve afectada por lo que la ley dispone, puesto que l público demanda de "A" la misma cantidad de ıformación que la ley exige, pero en lo que a "B" y D" se refiere, la ley viene a imponerles un *coste* dicional que el *mercado* no les impondría, y, por otro ıdo, ese requisito legal pone en ventaja a "C" y "E", orque el *mercado* les habría requerido mayor ıformación que la que la ley les exige. Claro está que C" y "E" podrían decidir, de todas formas, roporcionar dicha información (la demandada) uesto que para ellos sería *marginalmente beneficioso*, unque muchas veces las personas consideran que el ınimo legal es el razonable y, por así decirlo, renuncian" a exigir más que el mínimo. Pero aún uponiendo que tal cosa no ocurriría y que el *mercado* emandaría de "C" y "E" más información, de todas ıaneras el mínimo legal de información les habrá avorecido respecto de "B" y "D", porque a estas ltimas dos empresas la ley les ha impuesto un *coste* dicional que de otra suerte no habrían tenido que ubrir. Es muy importante comprender que, como la ıformación de todas formas nunca será exhaustiva, los *inversores* pueden igualmente acertar o equivocarse en cuanto a sus expectativas, es decir, pueden haber demandado demasiada información de "C" y "E" y muy poca información de "B" o "D", por razones equivocadas en ambos casos, lo cual pagarán soportando *costes* propios (cada *inversor*). Lo que el análisis económico del Derecho persigue poner de relieve es que el legislador, al establecer el mínimo legal de información en 20, puede también haberse equivocado en cuanto a las cinco empresas, pero el *coste* de su equivocación lo pagarán otros, no él.

10. Antes de pasar a considerar el papel que juegan los *inversores* es importante considerar la cuestión de quiénes debieran poder acudir al mercado en busca de recursos. Es decir: ¿Debiera cualquier individuo o grupo de individuos -organizados como quieran- tener acceso al mercado bursátil para demandar recursos, o debiera la ley establecer requisitos mínimos para ese efecto, como un capital de al menos un millón de quetzales, por ejemplo? Algunos opinan que para acudir al mercado debiera también satisfacerse otros requisitos: cierta situación de solvencia; cierta situación de liquidez; que el destino para el que se demandan los recursos sea deseable, etc. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho existen interesantes perspectivas de análisis en cuanto a estas cuestiones.

Con relación a la inclusión de un capital mínimo como requisito legal, existen numerosas aristas que examinar pero el alcance y propósitos de este trabajo sólo nos permite referirnos a dos o tres de ellas. La norma del capital mínimo supuestamente impediría

el acceso al mercado de *emisores* que podrían representar *riesgos* excesivos. Dicho de otra forma, un capital pagado mínimo representativo (de un millón de quetzales, por ejemplo) contribuiría a evitar que acuda al mercado *emisores* que constituycn una muy *riesgosa* inversión, lo que equivale a afirmar que existe una relación entre capital pagado y *riesgo* en la que a mayor capital pagado, se incurre en menor *riesgo* al invertir. Pero esta afirmación sólo tiene sentido si se analiza con relación a otros aspectos de la situación financiera de un *emisor*, como por ejemplo el monto de sus pasivos y la calidad de sus activos. Si una particular entidad *emisora* cuenta con cinco millones de quetzales de capital pagado, pero sus pasivos ascienden a ciento veinticinco millones de quetzales y otra entidad emisora cuenta con sólo quinientos mil quetzales de capital pagado, pero sus pasivos ascienden a un millón y medio de quetzales, es muy probable que esta segunda empresa sea un *riesgo* de inversión menor. Por otra parte, es fácilmente concebible que una particular *emisora* de valores cuente en un momento determinado con un alto capital pagado (es decir, comparado con sus pasivos) y sin embargo, sus servicios o productos ya no se demanden por los consumidores. El capital pagado no es, *per se*, un factor que necesariamente incide en el *beneficio* de reducir los *riesgos* de *inversión*, aunque es evidentemente un *coste* de acceso al mercado, para quienes se encuentren por debajo del capital legal mínimo. Dicho sintéticamente, se trata de la imposición de un *coste* legal inconexo con el *beneficio* esperado, lo cual es económicamente irracional.

La exigencia legal de ciertas relaciones de solvencia o de liquidez para acudir al mercado (como la que contiene nuestro Código de Comercio en cuanto a las obligaciones o debentures) sí podrían considerarse *costes* legales conexos con el *beneficio* de reducir los *riesgos* para el público inversor, lo cual no es necesariamente *maximizador* del producto social. Esto quiere simplemente decir que la reducción de *riesgos* no es *gratuita* y que la intervención del legislador para reducir los *riesgos* siempre impone *costes* sociales. Si las leyes y reglamentos que rigen el tránsito impusiesen una velocidad máxima de 20 km/ h es claro que los *riesgos* de los accidentes de tránsito se reducirían, pero tales *beneficios* tendrían que compararse con los *costes* de no conducir a una velocidad mayor de 20 km/ h para poder juzgar la conveniencia de dicha medida. De igual manera, la reducción de los *riesgos* para los *inversores* en el mercado bursátil, impuesta por la ley, tampoco es gratuita.

11. Un tercer grupo de individuos (actuando por sí u organizados de diversas maneras) son los *inversores* (oferentes de recursos). Es a los *inversores* a quienes compete evaluar los *riesgos* de la inversión en los diversos instrumentos que se negocian en la bolsa aunque existen diversas opiniones sobre qué tipo de *riesgo* o hasta qué grado de *riesgo* debiera permitirse tomar a los *inversores*. Algunos opinan que ni las leyes ni las regulaciones bursátiles debieran ocuparse de estas cuestiones y otros, por el contrario, estiman que ése es el papel principal de la legislación bursátil: proteger a los *inversores* contra la asunción de *riesgos* excesivos. Sobre este aspecto, es importante considerar el problema de la *internalización* de los *costes* de transacción. Esto significa que sólo es eficiente aquél sistema en el que los *costes* de una transacción se atribuyen a quienes se *benefician* de la misma. Así, por ejemplo, sería más eficiente permitir que cada inversor asuma el *riesgo* que estime personalmente conveniente, en la medida en que el sistema le atribuya a ese *inversor* tanto los *costes* como los *beneficios* de asumir el *riesgo* por él escogido.

Este último enfoque no es de ninguna manera aceptado a *priori* por la mayoría de las gentes. Por ejemplo, muchos opinan que debieran existir sistemas de garantía o bien, de "calificación" obligatoria en todas las emisiones. Sobre las garantías que suelen ofrecerse en el sistema bursátil ya hemos hablado antes.[11] La "calificación" de las emisiones consiste en la evaluación por parte de expertos de la situación financiera *ex ante* (antes de realizarse una emisión) de cualquier *emisor* de valores. De la evaluación, con arreglo a cierta metodología contable y financiera, resulta la "calificación" (vbg. "A" =bajísimo *riesgo*; "B" =riesgo razonable; "C" =alto *riesgo*) y con base en la "calificación" se supone que los *inversores* pueden realizar una decisión informada. Algunos estiman que la *calificadora* debe ser un órgano estatal, otros encuentran más adecuado que se trate de empresas

11 Ver números 4, 5 y 6.

rivadas especializadas. Lo cierto es que, en cualquier caso, la "calificación" no es gratuita, en diversos sentidos.

Primero debe cubrirse a las *calificadoras* el *coste* de sus servicios que, en un esquema en que se trate de empresas privadas y, además, la ley obligue a la "calificación", es fácil percibir el surgimiento de un problema de precios monopólicos. Este no sería el único *coste* de la calificación, sino además, por regla general, los *emisores* mal calificados tendrán que pagar tasas de interés más altas (en el mercado de deuda) o bien, vender sus acciones a precios más bajos (en el mercado de capitales). Este último aspecto no es por sí solo indeseable, excepto porque, por regla general, a las empresas *emisoras* nuevas no puede dárseles una "calificación" alta por la sencilla razón de que no tienen una trayectoria conocida, como las ya existentes, lo cual no tiene relación necesariamente con lo exitoso o no que la empresa será en el futuro. Este es un caso más en el que se producen para ciertos actores en el mercado bursátil *externalidades negativas*, en el sentido de que las empresas nuevas se ven obligadas a asumir *costes de transacción* cuyos *beneficios* disfrutan terceras personas.

La norma legal de "calificación" obligatoria crea también cierto tipo de incentivos en cuanto a la conducta de los *inversores*, relativa a los esfuerzos que emplean en informarse antes de invertir. En efecto, ante una "calificación" obligatoria es racional que los *inversores* decidan utilizar menor cantidad de sus propios recursos para informarse sobre la situación de los *emisores*, después de todo para eso están los expertos *calificadores*. Pero esto no es necesariamente bueno, porque las inversiones en el mercado vienen a ser realizadas "predominantemente" con base en el criterio de algunos pocos -los expertos *calificadores*- en lugar de hacerse con base en el criterio de muchas personas, aunque no sean expertas. Lo inconveniente de que esto sea así es que si una determinada "calificación" resulta eventualmente equivocada y una *emisora* triple "A" llega a caer en la insolvencia, el *coste* lo soportarán "predominantemente" los *inversores* y no los *calificadores*. Podría pensarse que también los *calificadores* soportan el *coste* de una "calificación" equivocada, porque el mercado perderá confianza en ellos y su negocio se dañará. Esto sería así en el caso en que la *"calificación"* no fuese obligatoria legalmente, pero si la protección (obligación) legal existe, todos tendrán que seguir cubriendo los *costes* de la "calificación", aunque no confíen en sus resultados. Este es otro ejemplo de cómo la ley puede imponer *externalidades negativas* a ciertas personas, es decir, hacerlas soportar los *costes* de las acciones de terceros.

12. En un escenario en el que existe la obligación legal de realizar la "calificación" de los *emisores* es también posible inferir, a partir del análisis económico del Derecho, otros problemas de no poca importancia, relacionados con el postulado de la *conducta maximizadora* de los individuos. En efecto, como antes indicamos, cuando ocurre una "calificación" equivocada por parte de los *calificadores*, quienes asumen los *costes* directos de la equivocación son quienes invirtieron basándose en la información proporcionada por los *calificadores*. Estos últimos podrían además soportar ciertos *costes* relacionados con la pérdida de credibilidad en su función, lo cual podría conducir, en una situación extrema, o bien, a que el Estado asuma la función "calificadora" (en el supuesto de que fuese inicialmente privada), o bien, a que las leyes y regulaciones impongan a los *calificadores* -públicos o privados- mayores exigencias de rigurosidad. Esto último, en definitiva, quiere decir que todas las "calificaciones", de allí en adelante, serán más bajas, de modo que, si vuelve a ocurrir una catástrofe, no sean los *calificadores* quienes carguen con la culpa. Podría creerse que un posible desenlace de una pérdida de credibilidad en el sistema de "calificación" obligatoria, sería su abandono. Es posible que algo así suceda; sin embargo, generalmente se observa que cuando fallan los sistemas de regulación, para la protección del público, la tendencia es a hacerlos aún más estrictos (es decir, aún más *costosos*), en lugar de abolirlos del todo.[12]

13. Antes de pasar al último grupo de individuos que interactúan en el ambiente bursátil quizá resulte útil ilustrar con tres supuestos hipotéticos lo que se ha discutido arriba:

12 Recordemos como en Guatemala se pasó de un sistema de libre convertibilidad a la instauración del "Delito Cambiario" en cuestión de pocos años. Es verdad que actualmente el control de cambio está siendo prácticamente abandonado, pero después de sucesivas catástrofes costosísimas.

Tabla I

	Tasa Int.	*Cost. Inf.*	*Cost. Cal.*	*Cost. Div.*	*Cost. Cap.*	*Cost. Tot.*	*Cost. Max.*	*Diferencia*
Emisor I	14	1.25	0.75	2.12	0	18.12	18.5	0.38
Emisor II	15.5	1.25	0.75	2.12	0.5	20.12	19	-1.12
Emisor III	15	1.25	0.75	2.12	1.05	20.17	22	1.83

Explicación: La ley establece los costes mínimos para acudir al mercado.

Tabla II

	Tasa Int.	*Cost. Inf.*	*Cost. Cal.*	*Cost. Div.*	*Cost. Cap.*	*Cost. Tot.*	*Cost. Max.*	*Diferencia*
Emisor I	14	1	0	1.5	0	16.5	18.5	2
Emisor II	15.25	1.25	0	1.5	1	19	19	0
Emisor III	15	1.5	0.75	2.5	1.25	21	22	1

Explicación: los costes sólo se asumirán hasta el punto en que se percibe por cada emisor que los beneficios serán mayores.

Tabla III

	Tasa Int.	*Cost. Inf.*	*Cost. Cal.*	*Cost. Div.*	*Cost. Cap.*	*Cost. Tot.*	*Cost. Max.*	*Diferencia*
Emisor I	14	1	0	1.5	-1	15.5	18.5	3
Emisor II	15	1.25	0.75	1.5	0.5	19	19	0
Emisor III	15	1.5	0.75	1.5	1.25	20	22	2

Explicación: aquí se muestran los costes que los inversores exigirían de los tres emisores para invertir en valores.

Diferencia entre el "coste de mercado" y el "coste legal"

Emisor I -2.62

Emisor II -1.12

Emisor III -0.17

Los datos empleados arriba se han elegido arbitrariamente para ilustrar lo que conceptualmente ya se ha discutido antes. Todas las cifras deben entenderse en términos porcentuales, a modo de apreciar el efecto que los diversos *costes* tendrían sobre la tasa de interés. Se presenta la situación imaginaria de tres *emisores:* I, II y III que se encuentran en diversa posición. *El emisor I* es una empresa bien establecida, conocida ampliamente (por lo que los *inversores* no demandan mucha información: "Cost. Inf." ni existe necesidad de realizar mayores esfuerzos de divulgación: "Cost. Div.") y con un sólido patrimonio (por lo que los *inversores* tampoco demandan más capitalización: "Cost. Cap." ni necesitan que terceras personas les certifiquen, a través de una calificación, "Cost. Cal." que la empresa va bien). De requerir recursos financieros los podría obtener de un banco a un *coste total* de 18.25% anual, por lo que ése es el *coste máximo* que pagaría en el mercado bursátil a los potenciales *inversores* ("Cost. Max.") *El emisor II* es una empresa menos conocida por el público, pero los bancos, tras un análisis de sus proyectos y de su situación le darían financiamiento a un *coste total* de 19%, razón por la que tampoco asumiría un *coste* mayor que ése de acudir al mercado bursátil. En los ejemplos que aparecen arriba asumimos que el mercado bursátil coincidiría con el análisis de los banqueros, por lo que para el *emisor II* es prácticamente indiferente ir al mercado bursátil o al mercado bancario. *El emisor III* está en una situación muy parecida que la del *emisor II,* excepto porque el mercado bursátil (los *inversores* no bancarios) consideran al *emisor III* un menor *riesgo* que los banqueros (los banqueros le prestarían dinero al 22% p.a., mientras que los *inversores* en el mercado bursátil sólo le exigirían asumir un *coste total* [Cost. Tot.] del 20%).

El "Supuesto I" representa una situación en la que es la ley y no el mercado (los *inversores* compitiendo por las mejores oportunidades de inversión) la que determina los *costes* de acceso al mercado bursátil, menos la tasa de interés, suponiendo el legislador -como es razonable- que éste es el *coste* clave (aunque no el único) para captar recursos. Como puede apreciarse, en este supuesto hipotético, el *emisor II* no acudiría al mercado, porque la ley le impone *costes* mayores que los que le impondrían los banqueros (por eso su "diferencia" es negativa = -1.12%). En este primer supuesto también puede apreciarse que al *emisor I* la ley le obliga incurrir en *costes* mayores que los *inversores* exigirían para comprar sus valores (2.62% en exceso), lo cual este emisor está dispuesto a pagar sólo porque con todo y ese *coste excesivo,* acudir a los bancos le saldría aún más caro (0.38% más caro). Este *coste* innecesario desde la perspectiva del *emisor I* lo encuentran algunos justificado en aras de la ya comentada reducción de *riesgos,* sin embargo este es un argumento equivocado, porque los *inversores* habrían de todas maneras asumido el *riesgo,* a menor *coste* para el emisor. Es un caso en el que nadie se *beneficia* del *coste* adicional incurrido.

Finalmente, de los casos de los *emisores I y III* se deduce que en ocasiones las personas se equivocan en cuanto a su "percepción" de los *costes* en que necesitan incurrir para tener éxito, puesto que como puede apreciarse estos *emisores* habrían asumido *costes* mayores que los exigidos tanto por la ley como por el mercado, lo cual no es conveniente ni para ellos ni para la sociedad. Ahora bien, según el análisis económico del Derecho, lo importante es que los *costes* de esos errores de percepción los sufran *(los internalicen)* sus autores, de manera que tengan incentivos para corregirlos en el futuro.

16. El cuarto y el último grupo de los protagonistas del mercado bursátil son los "administradores" de las reglas del sistema.[13] Entre ellos podemos considerar tanto los que trabajan directamente para la bolsa, como los que lo hacen para los órganos reguladores, cuando éstos existen. Ya se dijo antes que una de las diferencias importantes entre otros mercados y el mercado bursátil, es que este último funciona con arreglo a ciertas prácticas explícitamente establecidas y consistentemente aplicadas, que persiguen disminuir los *costes de transacción.* Los *costes de transacción* son todos aquellos *costes* en que debe incurrirse para llegar a concluir un contrato. En buena parte, dichos *costes* se relacionan con la información necesaria para llegar a concluir una negociación: se desea adquirir un bien o servicio, pero,

13 Estos "administradores" de las reglas son "servidores de la bolsa", en el sentido de que trabajan para que todos los que participan en la bolsa, alcancen mejor sus fines y, en efecto, todos los que negocian en la bolsa les remuneran por sus servicios, pagando las comisiones y pagos diversos que existen.

PERIODICAS

¿en dónde está el proveedor? ¿Cuál es la mejor opción? ¿Cuál es el mejor precio, o al menos, un precio razonable? Además, también existen problemas relacionados directamente con los términos de la negociación: ¿Qué tipo de riesgos ha de asumir cada una de las partes? ¿En qué forma ha de contratarse? ¿Basta un apretón de manos o es necesario ir al Notario? ¿Qué pasaría en caso de incumplimiento? Estos y otros tipos de *costes* de transacción son los que persigue disminuir el sistema normativo e institucional del mercado bursátil. En teoría tradicional de Derecho mercantil suele decirse que esta rama del Derecho es poco formalista y sumamente práctica para facilitar el gran tráfico mercantil, "las negociaciones en masa". Pues se trata de la misma idea, expresada de otra manera.

Pasemos al examen, desde la óptica del análisis económico del derecho, de cómo la normativa y las instituciones bursátiles persiguen reducir los *costes de transacción* en tres aspectos específicos: información; formalismo contractual; y mecanismos de ejecución contractual. En cuanto al primer aspecto, la normativa y las instituciones bursátiles establecen (bien sea mediante legislación o a través de mecanismos autoregulatorios) tres niveles o áreas básicas de información: la información respecto de las *transacciones* que se realizan o las *ofertas* que se formulan en firme (el precio, la especie, el volumen de negociación; etc.); 2a. información financiera respecto de los agentes o casas de bolsa (los *corredores),* particularmente en aquellos mercados en que éstos toman riesgos propios; y 3a. información financiera y operativa respecto de los *emisores.* Estos sistemas de información permiten a los *inversores* o a sus asesores conocer con cierto grado de certeza el tipo de riesgo que asumen al adquirir los valores de su escogencia, sin que tengan que gastar recursos en obtener la información correspondiente. Además, las normas de la bolsa impiden a los *corredores* realizar *transacciones* fuera de los mercados autorizados, de manera que tanto *inversores* como *emisores* tienen un grado importante de certeza en cuanto que, si existe un precio de mercado en cuanto a los valores de su escogencia, es en la bolsa en donde lo pueden conocer. Este aspecto es de suma importancia en términos de la reducción de los *costes de transacción,* puesto que los pequeños *inversores* pueden realizar *inversiones* acertadas con sólo seguir las tendencias del mercado, diríamos, "imitando" el proceder de *inversores institucionales* (bancos de inversión, compañías de seguros, compañías financieras, fondos mutuos, fondos de pensión; etc.) que cuentan con ventajas de economías de escala en el análisis de la demás información que sobre los *emisores* existe a disposición, gracias a la normativa del mercado bursátil.

En cuanto al formalismo contractual existen también mecanismos de suma utilidad para la reducción de los *costes de transacción.* Algunos suelen afirmar, quizá con demasiada ligereza, que los contratos de bolsa son totalmente carentes de formalismo y del todo simples (es decir, compraventas lisas y llanas que incluyen sólo dos contraprestaciones: entrega de los valores y pago de su precio). Esta es una apreciación correcta en cuanto a lo que "aparenta" ser la negociación bursátil; pero detrás de esa aparente simpleza, existen sofisticados y complejos mecanismos contractuales que persiguen justamente lograr que las cosas ocurran de tal manera que den la impresión de ser sumamente simples. En síntesis, los reglamentos bursátiles (a los que todo *corredor* se sujeta mediante un contrato de adhesión) estipulan quiénes pueden formular ofertas en los diversos mercados bursátiles; en qué forma deben formular sus ofertas, para que se considere válidas; quiénes pueden aceptar tales ofertas; en qué forma deben aceptarlas para que se considere *cerrada* una operación bursátil; en qué forma deben validarse o verificarse las *transacciones* realizadas (sistemas de corroboración de las *transacciones* pactadas); qué pasos deben seguirse para compensar y liquidar las *transacciones* pactadas; qué tipo de *transacciones* están cubiertas por las garantías otorgadas por los *corredores;* cuáles son los mecanismos para ejecutar tales garantías; y cuáles son los mecanismos para deducir responsabilidades a los *corredores* que no cumplen con sus *transacciones.* Todo este conjunto de normas son las que los *corredores* aprenden a manejar al dedillo, de modo tal que llega un momento en que los sistemas dentro de los cuáles operan son su "ambiente natural".

Finalmente, los mecanismos de ejecución contractual, es decir, aquellos mecanismos diseñados para que las *transacciones* pactadas se cumplan adecuadamente, son al igual que los otros dos aspectos señalados, de suma importancia para la reducción de los *costes de transacción.* Estos mecanismos son los mecanismos de compensación y liquidación de las *transacciones* pactadas. Entre ellos existen varias modalidades, aunque actualmente se entiende que la más eficiente es la denominada *"entrega contra pago"* (ECP), según el cual la bolsa (o la *caja de valores,* o incluso una

ntidad especializada en operaciones de ompensación) determina la posición neta de cada *rredor*, tanto en dinero como en valores, para que psteriormente se proceda a la liquidación de dicha psición neta. Esto es decir que, un *corredor* en rticular puede haber adquirido (por cuenta tanto de s clientes, como suya propia) obligaciones de pago specto de otros *corredores* por diez millones de etzales en total, pero éstos otros corredores pueden ber adquirido, respecto del primero, obligaciones pago por doce millones de quetzales, con lo cual, posición neta "en dinero" del primero de los *rredores* citados sería una "posición acreedora" en os millones de quetzales. Es muy probable que, si pr un lado su posición neta en dinero es una posición reedora, por otro lado su posición neta en valores sa una "posición deudora" respecto de otros *rredores*. Claro está que, en cuanto a los valores que negocian, como no necesariamente son los mismos ra cada posición, es muy probable que los valores e un *corredor* debe entregar no sean todos de la risma especie que los que le deben entregar a él. do esto se determina mediante los mecanismos de mpensación de las *transacciones* bursátiles. Una vez terminada la posición neta (que suele hacerse ariamente) de cada *corredor*, se procede entonces a uidar esa posición, lo cual significa que, en efecto, le entrega a cada *corredor* los valores que le rresponden, a la vez que se le paga o acredita en enta lo que en dinero le corresponda (si fuese el so). Para estos efectos, la bolsa (o la entidad cargada de la liquidación) puede proceder de versas formas: a. acreditando en cuenta rovisionalmente las sumas de dinero que rresponde a cada *corredor*, contra la entrega, o el gistro en sus libros, también provisionalmente, de s valores que le corresponden; o b. acreditando en enta las sumas que corresponda a cada *corredor*, ntra provisión previa de fondos por la parte mpradora y sólo entonces entregar o registrar en sus ros la transmisión de los valores correspondientes. n el primer caso, la sociedad liquidadora asume esgos crediticios frente a los *corredores* que suelen ser riesgos calculados", en el sentido de que sólo oncede crédito provisional y condicionalmente, o ien, en el sentido de que existen garantías de quidación preconstituidas, de fácil liquidación (valores altamente líquidos; cartas de crédito *stand by;* fianzas extendidas por afianzadores, etc.) En el segundo caso la sociedad liquidadora no asume riesgos crediticios frente a los *corredores* contratantes, puesto que se le provisionan los fondos previamente, lo cual, por otra parte, suele alargar el procedimiento de liquidación.

Habrá notado el lector que hacemos referencia arriba a que los valores sean entregados o "registrados" a favor de quien corresponda en los libros de la sociedad liquidadora. En este último caso, existe, además, un servicio de custodia y registro de transferencias mediante anotaciones que se hacen en libros dispuestos para ello. En nuestro país esto ya funciona con arreglo a disposiciones contractuales y, posiblemente, la futura "Ley del mercado de valores"[14] incluya la figura del "Depósito colectivo de valores" y la de "Emisión de valores mediante anotaciones en cuenta", que facilitarían aún más el funcionamiento de estos mecanismos. Estas "cajas" o centrales de valores reducen también los *costes de transacción* en cuanto que disminuyen los riesgos de hurto o robo de valores, así como de su falsificación y de su circulación física, de tal manera que cualquier valor puede ser emitido, colocado en el mercado y transmitido en numerosas ocasiones, sin que alguna vez cambie físicamente de manos. Para ese efecto, los valores se depositan en las bóvedas y se registra la emisión original en los libros correspondientes y, en cada ocasión en que se transmiten a terceras personas, la titularidad de los valores se anota en dichos libros, extendiéndose, además, constancias de depósito "no negociables".

III. Conclusión.

Así como no existe hoy día ninguna sociedad próspera carente de un sistema de justicia altamente dotado, tampoco existe ninguna economía próspera que funcione sin un mercado de capitales altamente desarrollado. Una de las muestras de que un país ha pasado a "las grandes ligas" es que los sistemas internacionales de noticias informan al mundo sobre las cotizaciones de los valores que se negocian en su mercado de capitales.

El proyecto de ley se conoció ya en primera lectura y pasó a la Comisión de Finanzas para el estudio y dictámen correspondiente.

El análisis económico del Derecho permite comprender mejor cómo es que las instituciones bursátiles, o en general, del mercado de valores, pueden permitir el crecimiento económico, si la sustentación legal se establece de tal manera que se obtenga la mayor eficiencia.

En este trabajo no nos hemos detenido sobre la cuestión de si el análisis económico del derecho es superior a otros enfoques más tradicionales. Se trata de una cuestión muy extensa para considerar en esta ocasión, por lo que sólo se ha hecho mención de ella al principio. De cualquier manera, quizá sea adecuado insistir en que la metodología de las ciencias económicas, aplicadas al material jurídico, permite formular ciertas predicciones sobre la conducta que los individuos adoptarán frente a ciertos esquemas normativos. Conducta esta que podría no ser la más "racional" (eficiente) desde la perspectiva económica. Sin embargo, es posible que en ocasiones, en vista de principios morales o de valores éticos que se consideran de superior importancia, de todas maneras se decida provocar por fuerza de la ley una conducta económicamente "irracional". No es fácil figurarse muchos casos en que llegue a darse una contradicción frontal entre lo económicamente "racional" y lo éticamente deseable y, por consiguiente, conviene más bien asumir una postura abierta ante las perspectivas de análisis que puede brindar al jurista la metodología de las ciencias económicas.

Por lo demás, en lo que toca a la bolsa de valores y el mercado de capitales, parece ser que la naturaleza eminentemente "económica" de estas instituciones reduce a niveles insignificantes el riesgo de confrontar contradicciones importantes entre "lo éticamente deseable" y "lo económicamente eficiente".

Lic. Eduardo Mayora Alvarado
Decano de la Facultad de Derecho UFM
Guatemala, Agosto de 1995.

Bibliografía

Obras:

Torres López, Juan "ANALISIS ECONOMICO DE DERECHO, PANORAMA DOCTRINAL". Editoria Tecnos, S.A. 1987, Madrid.

Veljanosvski, Cento "THE ECONOMICS OF LAW AN INTRODUCTORY TEXT", Hobart Paper 114 de Institute of Economic Affairs, Gordon Pro-Print Co Ltd., Gran Bretaña, 1990.

Von Mises, Ludwig "ACCION HUMANA", Unió Editorial, Madrid, 1968.

Leyes y Reglamentos:

Reglamento interno de Bolsa de Valores Nacion S. A.

Reglamento para la emisión de valores de Bolsa Valores Nacional, S.A.

Reglamento para la actualización de información Bolsa de Valores Nacional, S.A.

Manual operativo de la Caja de Valores de Bolsa Valores Nacional, S.A.

Reglamento para la liquidación de operacion bursátiles.

Anteproyecto de "Ley del mercado de valores mercancías".

"Pocos descubrimientos son tan exasperantes como los que revelan la genealogía de las ideas.
Lord Acton

LA BANCA MULTIPLE EN GUATEMALA: SITUACION Y PERSPECTIVAS

BANCO DE GUATEMALA DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES ECONOMICAS[1]

CONTENIDO

1. Introducción. 2. Marco Conceptual. 3. El Caso de Guatemala.
3.1 Situación Actual. 3.2 Perspectivas. 3.2.1 Regulación de Grupos Financieros. 3.2.2 El Enfoque
jetivo de la Regulación Financiera. 4. Conclusiones. 5. Anexos Anexo 1. Grupos Financieros en Guatemala. Anexo 2. Grupos Financieros versus Bancos Independientes: Participación Relativa en el Mercado Bancario.
6. Referencias

Lic. Juan Carlos Castañeda Fuentes [2]
Abogado y Notario

. Introducción

l presente trabajo analiza la situación y las erspectivas de desarrollo del sistema de banca últiple en Guatemala. Su propósito es proveer ementos de juicio para evaluar la conveniencia de troducir, en la legislación bancaria guatemalteca, odificaciones que incorporen la concepción de la inca múltiple.

n el texto del trabajo se presenta, primeramente, un arco conceptual en el que se analizan los aspectos stóricos y económicos de la dicotomía "banca últiple-banca especializada". Seguidamente se orda la situación de Guatemala, resaltando el ntraste entre la tendencia legislativa hacia la banca pecializada y la tendencia del mercado hacia la eratoria de la banca múltiple a través de grupos ancieros.

uego, se exploran dos posibles modalidades de forma legislativa tendientes a reconocer y regular el stema de banca múltiple en Guatemala: la gulación de grupos financieros y la adopción del ifoque objetivo de regulación financiera. Por timo, se presentan las conclusiones del trabajo.

Marco conceptual

a "banca múltiple" es un tipo de estructura del stema financiero en el cual los intermediarios nancieros desarrollan una gran variedad (eventualmente ilimitada) de operaciones de captación y colocación de recursos financieros. Tal variedad se refiere principalmente a la naturaleza jurídica de los instrumentos financieros negociados, a los plazos de dichos instrumentos, a los proveedores y a los destinatarios de los fondos, así como al destino económico de éstos.

En contraste, la denominada "banca especializada" se caracteriza por el hecho de que los intermediarios financieros limitan sus actividades a segmentos específicos, y en muchos casos excluyentes, del mercado financiero.

Según Khatkhate y Riechel (1980), el origen de ambos tipos de estructuras puede encontrarse en las distintas secuencias de desarrollo económico experimentadas por los países europeos en los siglos XVIII y XIX. En efecto, la banca especializada surgió principalmente en Inglaterra, donde el desarrollo industrial (financiado básicamente por los excedentes derivados del comercio internacional) no dependió del apoyo brindado por los bancos. En consecuencia, éstos limitaron su papel al financiamiento de corto plazo (capital de trabajo) de empresas ya establecidas, cuyo capital fijo fue financiado básicamente por los aportes de sus propietarios.

En Alemania, por el contrario, el apoyo financiero de los bancos fue un elemento de fundamental importancia para el desarrollo de las empresas industriales, a las que proveyeron recursos no sólo

1 Los puntos de vista vertidos en este trabajo son responsabilidad exclusiva del autor, y no necesariamente reflejan la opinión del Banco de Guatemala ni de su Departamento de Investigaciones Económicas.

2 El autor agradece los datos y/o comentarios proporcionados por Luis Chávez, Alvaro Fernández, Aníbal García, Estuardo García, Mario García Lara, Max Sergio González, Oscar Lemus, Carlos Meléndez, Jorge Molina, Byron Morales, César Morales, Salvador Pallarés y Raúl Porras; quienes, sin embargo, no son responsables por el contenido de este trabajo.

para financiar su capital de trabajo, sino también para el financiamiento del capital fijo. Ello generó una clara distinción entre los sistemas bancarios inglés y alemán. En el primero, los bancos limitaron su ámbito de acción a las operaciones de captación y colocación a corto plazo, en tanto que surgieron otros intermediarios especializados para atender otros segmentos de mercado; en el segundo, los bancos abordaron una amplia gama de operaciones y servicios, lo cual los capacitaba para atender todo el conjunto de necesidades financieras de sus clientes y no sólo un subconjunto de ellas. El caso alemán es, de hecho, representativo de la estructura de banca múltiple, en tanto que el caso inglés lo es de la banca especializada.[3]

La argumentación en que se sustenta la racionalidad de la banca especializada suele enfatizar la importancia que tiene para un banco la correspondencia en cuanto a plazos de sus activos y pasivos. Puesto que los pasivos bancarios están constituidos principalmente por depósitos a la vista o a corto plazo, los activos bancarios deberían ser también de corto plazo, para proteger adecuadamente la estabilidad financiera de las instituciones bancarias y del sistema bancario en general. Desde el punto de vista de la eficiencia de la intermediación financiera, la banca especializada sería ventajosa por las economías derivadas precisamente de la especialización y de la división del trabajo.

Las críticas a la banca especializada señalan que la correspondencia de plazos de activos y pasivos no necesariamente aumenta la estabilidad financiera, pues ésta también depende del grado de diversificación de las carteras crediticias de los bancos, y que tal diversificación puede incrementarse cuando las entidades bancarias amplían el ámbito de sus operaciones. Por otro lado, se señala que precisamente la transformación de plazos de las obligaciones financieras es uno de los aportes fundamentales del sistema financiero al desarrollo de una economía, pues permite brindar liquidez a los ahorrantes a la vez que brindar capital a los inversionistas.

También se ha señalado que la limitación de las actividades e inversiones que pueden efectuar los bancos es una forma ineficiente de controlar el riesgo asumido por ellos, pues les impide tomar proyectos que pueden ser rentables, en tanto que existen otras formas menos costosas de controlar el riesgo bancario, tales como la regulación y la supervisión de su política financiera (concretamente, los requerimientos mínimos de capital y el control del pago de dividendos). Estos criterios han sido respaldados por la experiencia de las corporaciones del sector privado no financiero de los Estados Unidos. En efecto, en los contratos de deuda suscritos por tales entidades, los acreedores suelen imponer, con más frecuencia, controles financieros y de supervisión que limitaciones en los posibles activos e inversiones de los deudores, lo que evidencia que estas limitaciones constituyen una forma menos eficiente de control.[4]

Las críticas a la banca especializada permiten apreciar, por argumento a contrariis, cuáles serían algunas de las ventajas de la banca múltiple. Desde el punto de vista de la eficiencia, debe subrayarse que la banca múltiple permite aprovechar las llamadas "sinergías", por las cuales dos o más negocios juntos valen más que la suma de todo ellos separados.[5] La anterior podría derivarse de la capacidad de compartir costos fijos e información crediticia por parte de los diversos departamentos de una organización de banca múltiple.

Una de las desventajas que se atribuye al sistema de banca múltiple es la generación de conflictos de interés como consecuencia de la participación de los bancos en distintas modalidades de negocios financieros, algunas de las cuales son competitivas entre sí. Por ejemplo, puede haber conflicto entre colocación de valores propios en el mercado y colocación de valores de terceros; entre otorgamiento de préstamos a una firma y la compra de sus títulos de deuda y/o de capital; entre utilización de fondos intermediados por el banco para la compra de títulos en el mercado, y la

3 Debe tenerse claro, sin embargo, que en la práctica las estructuras financieras no se presentan como "múltiples" o "especializadas" en sus formas puras, y que se encuentran en continua evolución.
4 Reinstein y Vergara (1993; p. 113 y 114).
5 Reinstein y Vergara (1993; p. 115).

tilización de fondos de terceros administrados por el anco; etcétera. Los efectos generados por este tipo le conflictos de interés pueden ser reducidos por el igor de la competencia entre los bancos o mediante a aplicación de regulaciones apropiadas; pero onstituyen, de todas maneras, una característica que uele tener mayor incidencia en los sistemas de banca últiple que en los de banca especializada.

. El caso de Guatemala

.1 Situación actual

l marco jurídico que rige al sistema bancario uatemalteco [6] fue concebido con el claro propósito e que tal sistema adoptase la estructura de banca specializada.[7] La ley define las operaciones que ueden ser realizadas por los bancos comerciales, los ancos hipotecarios, los bancos de capitalización, los ancos de ahorro y préstamo para la vivienda amiliar, las sociedades financieras privadas, las mpresas de seguros y las compañías afianzadoras.[8]

o obstante lo anterior, el sistema financiero uatemalteco ha adoptado, de facto, la estructura de banca múltiple, pues en él se han formado y esarrollado los llamados "grupos financieros". De echo, cada uno de éstos reúne en su seno un conjunto e intermediarios financieros (y de empresas úxiliares) con especializaciones distintas, pero con na dirección unificada que se deriva de los vínculos n la propiedad de sus capitales.[9] Por tanto, los grupos financieros operan de hecho como bancos múltiples, proveyendo un conjunto diversificado de servicios financieros.[10] La incidencia que sobre el sistema ha tenido la orientación legal hacia la banca especializada se ha limitado a obligar a que cada uno de los segmentos de mercado previstos en la ley sea atendido por una persona jurídica distinta dentro de cada grupo, en vez de serlo por un departamento especializado dentro de una misma persona jurídica.

El desarrollo observado en el mercado, en la forma de grupos financieros, podría interpretarse como evidencia de que las sinergías derivadas de la prestación de servicios financieros diversificados han sido mayores que las ganancias de eficiencia derivadas de la especialización. Ello permite pensar que, al menos en el caso guatemalteco, y desde el punto de vista del productor privado de servicios financieros, la banca múltiple es superior a la banca especializada en términos de eficiencia, puesto que se impuso en el proceso de "selección natural" del mercado. Sin embargo, cabe preguntarse si la organización de la banca múltiple en la forma de grupos financieros es la óptima, o si sería preferible la organización de bancos o empresas que concentraran en una sola persona jurídica la prestación de los diversos servicios. Esta última forma de organización no puede desarrollarse dentro del actual marco regulatorio, por las razones indicadas anteriormente.

Una consecuencia importante de la inconsistencia entre el diseño legal del sistema financiero

El marco jurídico aludido esta constituído principalmente por las leyes siguientes: Ley de Bancos (Decreto No. 215 del Congreso de la República); Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar (Decreto No. 541, reformado por el Decreto No. 1487, ambos del Congreso de la República); Ley de Sociedades Financieras Privadas (Decreto-Ley 208, reformado por el Decreto No. 51-72 del Congreso de la República); Ley de Constitución y Organización de Empresas de Seguros (Decreto-Ley No. 473); y Decreto Presidencial No. 470 y sus reformas (disposiciones relativas a las compañías afianzadoras). Además, existe un conjunto de reglamentos y resoluciones que desarrollan el contenido de las leyes anteriores.

Véase Grove (1958; p. 82-86).

Cabe aclarar, sin embargo, que la banca comercial y la hipotecaria pueden ser practicadas por una misma persona jurídica. Además, está permitido que los bancos tengan participación en el capital de las sociedades financieras privadas y viceversa. Adicionalmente, el Programa de Modemización del Sistema Financiero Nacional, aprobado por la Junta Monetaria mediante Resolución JM-647-93, ha permitido la diversificación de la oferta de productos y servicios bancarios. Concretamente, se ha posibilitado a los bancos realizar operaciones tales como: emisión y operación de tarjetas de crédito, arrendamiento financiero, factoraje, reporto, créditos en cuentas de depósitos monetarios, créditos con opción de inversiones financieras y creación de obligaciones convertibles en acciones (todo ello mediante Resolución JM-752-93 de la Junta Monetaria). Además, se ha posibilitado y reglamentado la participación de los bancos en el capital de empresas de servicios financieros y de apoyo al giro bancario (Resolución JM-715-93 de la Junta Monetaria). Al respecto, véase Departamento de Investigaciones Económicas (1994). Inclusive, el punto 2.1.5 de la matriz del Programa de Modemización del Sistema Financiero Nacional (Resolución JM-647-93 de la Junta Monetaria) prevé la preparación de un estudio acerca de la conveniencia y forma de propiciarla transición de un sistema de banca especializada a un de banca múltiple (universal o por medio de grupos financieros).

Algunos de estos grupos se anuncian explícitamente como tales en su promoción publicitaria.

0 Véase Anexos 1 y 2, así como Superintendencia de Bancos (1994).

REVISTAS

guatemalteco (de banca especializada) y la estructura fáctica de éste (de banca múltiple), es la inadecuación del marco regulatorio. En su mayor parte, dicho marco ha sido concebido en el supuesto de que los distintos intermediarios financieros especializados son independientes entre sí, ignorando la posibilidad de que se constituyan grupos financieros. Este vacío legal ha tenido efectos negativos tanto en la eficiencia de la intermediación financiera como en la efectividad de la regulación prudencial de tal intermediación. En cuanto a la eficiencia de la intermediación, el tratamiento jurídico orientado hacia cada intermediario en lo individual puede estar obligando, en muchos casos, a una multiplicación innecesaria de costos (de organización, dirección, control, etc.) derivados únicamente de la normativa aplicable (que exige operar con empresas jurídicamente separadas) y no de genuinas necesidades de funcionamiento.

En relación con la efectividad de la regulación prudencial, la aplicación de normas regulatorias distintas a distintos tipos de intermediarios hace posible la existencia de una especie de "arbitraje" de regulaciones entre tales intermediarios. De esta manera, en muchos casos los grupos financieros están capacitados para orientar algunas de sus operaciones a través de aquéllas de sus empresas integrantes que están sujetas a las regulaciones menos estrictas, lo que obviamente debilita la efectividad de tales regulaciones.

Adicionalmente, el marco legal no permite que la supervisión financiera aborde a los grupos financieros como entes integrados, analizando la posición consolidada de éstos. Por el contrario, las medidas correctivas previstas en la ley sólo responden al posible debilitamiento financiero de los intermediarios individuales supervisados, por lo que la Superintendencia de Bancos se ve inhabilitada para actuar con medidas dirigidas a un grupo financiero como tal, cuando en él se presentan problemas a nivel consolidado.

Sobre este último punto, vale la pena enfatizar la importancia de conocer la situación patrimonial de los grupos financieros en forma consolidada. Ello obedece a que la estabilidad financiera de un banco integrante de un grupo financiero depende no sólo del banco mismo, sino también de las demás empresas que conforman el grupo. Esto se deriva de los denominados "riesgos de contagio" que la literatura ha identificado al interior de los grupos financieros [11] y que se han hecho evidentes en las crisis financieras experimentadas por varios países, en las cuales los fracasos bancarios han sido rodeados (y muchas veces causados) por el fracaso de otras empresas relacionadas. El riesgo de contagio puede deberse a la transferencia de recursos financieros entre empresas vinculadas, pero también puede ser causado por la pérdida de confianza del público en todo un grupo financiero, aunque algunas de sus empresas (aisladamente consideradas) presenten posiciones financieras sólidas.

Las anteriores consideraciones subrayan la importancia de que las ganancias de eficiencia propias de la banca múltiple se produzcan en un marco de regulación prudencial consistente con dicho tipo de organización bancaria. Por consiguiente, parece clara la necesidad de adecuar el marco regulatorio del sistema bancario guatemalteco, de manera que la supervisión prudencial de la banca múltiple esté prevista y respaldada en la ley.

3.2 Perspectivas

El desarrollo futuro de la banca múltiple en Guatemala puede visualizarse dentro de distintos esquemas regulatorios alternativos. Uno de ellos podría consistir en el mantenimiento del marco legal actualmente vigente, en cuyo caso continuaría presentándose las condiciones y características analizadas en los párrafos precedentes. Otra posibilidad consistiría en la regulación de los grupos financieros con criterio de banca múltiple, lo que requeriría alguna modificación en la normativa jurídica aplicable al sector financiero. Una tercera opción consistiría en cambiar por completo el enfoque de regulación financiera en Guatemala, adoptando el "enfoque objetivo" de regulación,[12] lo que hará posible el desarrollo simultáneo de grupos financieros y empresas financieras multiproducto, aplicando

11 Véanse, por ejemplo, Azcárate (1992; p. 14), y Reinstein y Vergara (1993; p. 115).
12 En páginas posteriores se analiza la naturaleza de tal enfoque.

dos ellos una regulación prudencial consistente con sistema de banca múltiple. A continuación se xploran con más detalle las dos últimas opciones encionadas.

2.1 Regulación de grupos financieros

omo se señaló anteriormente, el desarrollo de la anca múltiple a través de grupos financieros es un echo en Guatemala, aunque no esté expresamente revisto en la legislación. La adecuación del marco gulatorio a esta realidad requeriría del conocimiento legal de los grupos financieros, así omo la aplicación a éstos de la normativa prudencial el caso.

ara que fuera efectiva, la definición legal de un grupo financiero" debería tomar en cuenta todas las odalidades por las cuales un conjunto de termediarios financieros constituye, en definitiva, na unidad de control, independientemente de la aturaleza jurídica de tales modalidades. Estas ueden incluir la propiedad mayoritaria del capital, ero no necesitan limitarse a ese caso.

espués de definir lo que debe entenderse por "grupo nanciero", la legislación debería aplicar a dicho rupo una normativa prudencial que, en esencia, odría limitarse a los siguientes aspectos: a) bligación de generar y publicar información acerca e la situación financiera del grupo en forma onsolidada; y b) obligación de mantener un spaldo patrimonial mínimo a nivel de grupo onsolidado.

a generación y publicación de información nanciera consolidada a nivel de grupo financiero es n elemento esencial para que la Superintendencia de ancos conozca las condiciones en que se encuentra el upo como un todo, además de conocer la condición dividual de sus empresas integrantes. Ello haría osible una supervisión más efectiva y oportuna por arte del ente fiscalizador. Además, se lograría que el úblico estuviese mejor informado acerca del riesgo de sus depósitos e inversiones, pues dicho riesgo, como ya se indicó, depende también de la situación financiera de todo el grupo y no sólo de la del intermediario financiero individual con el que se contrata. Por lo anterior, puede afirmarse que la generación y la publicación de información consolidada a nivel de grupo financiero contribuirían sustancialmente a mejorar la transparencia y las condiciones de competencia en el mercado bancario y, en general, en el mercado financiero de Guatemala.

La regulación relativa al requerimiento mínimo de capital para los grupos financieros tiene sentido especialmente para el caso de aquellos grupos que incluyen, dentro de sus entidades integrantes, a uno o más bancos. En efecto, puesto que la regulación prudencial del sistema bancario es de singular importancia desde el punto de vista del interés público [13], y puesto que existe un riesgo de contagio entre las distintas entidades integrantes de un grupo financiero, la regulación prudencial bancaria debe trascender a los bancos mismos, para abarcar a los grupos financieros, cuando los bancos forman parte de tales grupos. Además, tomando en cuenta que una norma prudencial de fundamental importancia dentro de la regulación bancaria es el requerimiento patrimonial mínimo [14], parecería razonable extender tal requerimiento al caso de los grupos financieros.

Cabe aclarar que dicho requerimiento sería aplicable al grupo financiero como un todo (es decir, al consolidado de las entidades que lo conforman), y no a cada una de sus empresas integrantes, salvo en el caso de que dichas empresas tengan requerimientos mínimos de capital específicamente establecidos en la ley. De acuerdo con lo anterior, la aplicación de un requerimiento patrimonial a los grupos financieros no debería eximir a los bancos integrantes de tales grupos de observar su propio requerimiento patrimonial. Por el contrario, ambos requerimientos deberían aplicarse simultáneamente para velar por la solidez financiera tanto de los bancos individualmente considerados como de los grupos a los que tales bancos pertenecen. Además, parecería conveniente aplicar a los grupos exactamente la misma tasa de

Véanse De La Cuadra et al. (1988; vol. II, cap. I); Valdés (1990; p. 3 a 8); Reinstein y Vergara (1993; p. 105 a 112); y Castañeda (1994; p. 4).
La exigencia de requerimientos mínimos de capital a los bancos se encuentra plasmada en la mayoría de legislaciones bancarias. Además, existe actualmente una fuerte tendencia a hacer internacionalmente uniformes tales requerimientos, en torno a los parámetros establecidos por el Grupo de los Diez, en el denominado Acuerdo de Basilea.

requerimiento patrimonial que se aplica a los bancos, para evitar que la regulación introduzca distorsiones que se reflejen en diferencias artificiales en los precios de los servicios financieros aplicados por distintos intermediarios. En otras palabras, la aplicación de tasas distintas de requerimientos patrimoniales podrían incentivar la canalización de operaciones financieras a través de entidades y figuras jurídicas que minimizaran el requerimiento patrimonial involucrado, aunque no fuesen las más eficientes en términos de costos o de recursos económicos utilizados.

Otro punto a considerar es la forma de hacer efectivo el requerimiento patrimonial de los grupos financieros; es decir, cómo llevar a efecto la reposición patrimonial de un grupo financiero, cuando éste presente una deficiencia en el capital requerido. Al respecto, convendría llevar a cabo la reposición mencionada obligando a incrementar el capital de uno o más de los bancos integrantes del grupo (aunque esos bancos estén cumpliendo con sus requerimientos mínimos de capital individuales), tomando en cuenta que la legislación bancaria ya prevé mecanismos concretos de reposición patrimonial para los bancos.[15]

3.2.2. El enfoque objetivo de regulación financiera

Según se señala en Castañeda (1994), pueden concebirse dos enfoques distintos para la regulación de la intermediación financiera: el enfoque subjetivo y el enfoque objetivo.

El enfoque subjetivo identifica legislativamente varios sujetos típicos que desarrollan actividades de intermediación financiera, y los caracteriza asignándoles un conjunto más o menos amplio de operaciones permitidas de captación y colocación, así como una estructura jurídica y administrativa determinada. En esencia, dentro de este enfoque se regula la forma jurídica de las instituciones, así como las condiciones que éstas deben cumplir para organizarse y poder ser consideradas como intermediarios financieros de un tipo determinado; de igual manera, la normativa se encamina a regular las operaciones y la forma como deben realizarlas los sujetos. Bajo el enfóque subjetivo, los intermediarios financieros deben comenzar por constituirse cor sujetos tipificados en la normativa financiera pa después de la autorización administrati correspondiente, quedar formalmente incluídos en ámbito de dicha normativa.

En contraste, el enfoque objetivo trata de enmar dentro del ámbito de la ley a todos aquellos sujet que realicen (objetivamente) determinados actos operaciones consideradas, por la propia ley, cor intermediación financiera, independientemente de forma jurídica específica que revistan tanto los sujet en cuestión como los actos y negocios por ell realizados.

Cabe aclarar que la concepción objetiva de regulación financiera no pretende autorizar, prohi ni regular en forma particularizada y pormenoriza las distintas operaciones financieras ni s modalidades. Sólo pretende que todas las activida que, en esencia, constituyan intermediaci financiera, se sujeten a una normativa prudenci independientemente, como ya se dijo, de la naturale jurídica de los negocios concretos y de los sujetos q los realicen.

A la luz de estos conceptos, la regulación financie actualmente vigente en Guatemala se inscribe forma clara dentro del enfoque subjetivo, pues leyes definen y caracterizan la naturaleza operaciones de intermediarios financieros específic como los bancos comerciales, los bancos hipotecari los bancos de capitalización, los bancos de ahorr préstamo para la vivienda familiar, las sociedad financieras privadas, las empresas de seguros y compañías afianzadoras. Puesto que tales entida han sido legalmente limitadas a operar en un esque de banca especializada, el desarrollo de la ban múltiple en Guatemala ha requerido la formació funcionamiento de grupos financieros, como quedó indicado.

Podría considerarse, sin embargo, la posibilidad una reforma integral de la legislación, mediante cual se adoptase el enfoque objetivo de regulación. este caso, la normativa prudencial de intermediación financiera abordaría temas concret

15 Véase el artículo 22 de la Ley de Bancos.

mo la generación y la publicación de información nfiable, suficiente, oportuna, clara y comparable, e permita (tanto al público como al ente regulador) nocer mejor los riesgos involucrados en las eraciones de los intermediarios financieros. demás, siempre que el interés público lo justificase, impondrían regulaciones adicionales a ciertas rmas de intermediación financiera, susceptibles de r discriminadas con base en la naturaleza esencial sus operaciones.[16]

mo ilustración de lo anterior, cabría pensar en la licación de requerimientos mínimos de capital a los ncos, y a los grupos financieros que incluyan uno o ás bancos en su seno, dados los efectos sestabilizadores que los fracasos bancarios generan el sistema de pagos en la economía. Sin embargo, ra mantener la consistencia, sería preciso que la islación proveyera una definición objetiva de lo e es un banco; es decir, que se distinga un banco por a o más características esenciales de sus eraciones (por ejemplo, realizar operaciones de ptación a la vista y/ o a muy corto plazo, sin rjuicio de poder realizar cualquier otro tipo de ptación), y no por la forma jurídica de los negocios ilizados (por ejemplo, captación de "depósitos") ni r la forma jurídica de quien las realiza (entidades nstituídas al amparo de determinada ley).

adopción del enfoque objetivo de regulación plicaría la derogación de las leyes que actualmente en a los distintos tipos de intermediarios ancieros, y su sustitución por una ley comprensiva e extendiera su ámbito a todas las formas de ermediación financiera, pero que se limitara a rmar los aspectos esenciales de tal intermediación mo, por ejemplo, la transparencia de la ormación y el respaldo patrimonial), sin pretender terminar las características y las formas jurídicas de intermediarios mismos ni de los negocios que ellos lizan. En tal escenario, tanto la banca múltiple no las empresas financieras especializadas podrían sarrollarse sin tropiezos legales, e inclusive en mas simultánea, siempre que su eficiencia les iera posible consolidarse en un entorno competitivo. Y, en cuanto a la banca múltiple, ésta podría adoptar tanto la forma de empresas financieras multiproducto como la de grupos financieros, sin que la elección de una u otra forma de organización estuviese influida por un tratamiento legal o regulatorio de naturaleza preferencial. En los términos de Reinstein y Vergara (1993; p. 116), "el sistema bancario se haría más competitivo y eficiente, coexistirían los 'bancos universales' y los especializados, y los servicios serían ofrecidos a menores costos y con mayor calidad".

Los elementos de juicio para la elección entre la aplicación de un enfoque regulatorio subjetivo y la de uno objetivo se exploran en Castañeda (1994; p. 13-20). En general, parecería que el enfoque objetivo promete una mayor capacidad de adaptación a los cambios que se presentan en la tecnología y en los mercados financieros; sin embargo, también requeriría, para el caso de Guatemala, una profunda reforma legislativa, cuya conveniencia y oportunidad tendría que ser evaluada atendiendo consideraciones adicionales a las estrictamente económicas y técnico-financieras.

4. Conclusiones

Con base en el análisis precedente, puede concluirse lo siguiente:

1. Las estructuras financieras de 'banca especializada' y de 'banca múltiple' tienen sus orígenes en los sistemas bancarios europeos de los siglos XVIII y XIX. En tanto que la banca especializada surgió para apoyar a un sector productivo ya desarrollado, la banca múltiple surgió precisamente para apoyar el desarrollo del sector productivo.

2. Las principales ventajas del sistema de banca especializada se encuentran en las ganancias de eficiencia derivadas de la especialización y de la división del trabajo, así como en la correspondencia de plazos entre los activos y los pasivos de los intermediarios financieros. Las desventajas de esta estructura se resúmen en una menor diversificación de la certera de los bancos y en la multiplicación de

Debe enfatizarse que la base para el tratamiento regulatorio diferenciado, dentro del enfoque objetivo de regulación, se encuentra en la naturaleza esencial (objetiva) de las operaciones realizadas y no en su forma jurídica ni en la forma jurídica de los sujetos que las realizan. Al respecto, véase Castañeda (1994; p. 11 a 13).

costos fijos para el conjunto de los intermediarios financieros. En cuanto a la banca múltiple, tiene la ventaja de aprovechar mejor tanto las oportunidades de diversificación de la cartera como las sinergías derivadas de la producción de servicios complementarios. Sin embargo, presenta un mayor riesgo de conflictos de interés entre los intermediarios financieros y sus clientes.

3. Aunque la legislación bancaria guatemalteca está orientada hacia el establecimiento de un sistema de banca especializada, el mercado ha adoptado la estructura de la banca múltiple a través de la organización y funcionamiento de los grupos financieros. Sin embargo, estos grupos no están reconocidos legalmente como tales, por lo que carecen de un marco de regulación prudencial apropiada.

4. El desarrollo futuro de la banca múltiple en Guatemala puede visualizarse dentro de distintos esquemas regulatorios alternativos. Uno de ellos podría consistir en el mantenimiento del marco legal actualmente vigente. Otra posibilidad consistiría en la regulación de los grupos financieros con criterio de banca múltiple. Una tercera opción consistiría en cambiar por completo el enfoque de regulación financiera, adoptando el "enfoque objetivo" de regulación.

5. La regulación de los grupos financieros con criterio de banca múltiple implicaría principalmente definir en la ley lo que debe entenderse por "grupo financiero", y luego aplicar a dicho grupo una normativa prudencial que, en esencia, podría limitarse a los siguientes aspectos: a) obligación de generar y publicar información acerca de la situación financiera del grupo en forma consolidada; y b) obligación de mantener un respaldo patrimonial mínimo a nivel de grupo consolidado.

6. La aplicación del enfoque objetivo de regulació financiera en Guatemala pretendería que todas l actividades que, en esencia, constituya intermediación financiera, se sujeten a una normativ prudencial, independientemente de la naturalez jurídica de los negocios concretos y de los sujetos qu los realicen. En este caso, la normativa prudencial d la intermediación financiera abordaría tema concretos como la generación y la publicación d información y, siempre que el interés público l justificase, la aplicación de regulaciones adicional (por ejemplo, requerimientos mínimos de capital) ciertas formas de intermediación financiera (po ejemplo, la banca y los grupos financieros susceptibles de ser discriminadas con base en naturaleza esencial de sus operaciones.

5. ANEXOS

ANEXOS 1 Grupos financieros en Guatemala

ANEXOS 2 Grupos financieros vrs. Banco independientes:

Participación relativa en el mercado bancario

ANEXO 1

GRUPOS FINANCIEROS EN GUATEMALA 17

A continuación se identifican los grupos financier constituidos por dos o más entidades sujetas a vigilancia e inspección de la Superintendencia Bancos. Cabe indicar que: a) algunos de los grup aquí identificados incluyen en su seno a una o m entidades no reguladas, cuyos nombres no aparec en este Anexo; y b) los grupos financieros constituid por una sola entidad regulada y una o más entidad no reguladas no están identificados en este Anexo.

17 La información contenida en este Anexo fue amablemente proporcionada por Jorge Molina, Raúl Porras y César Morales, funcionarios de la Superintendencia de Bancos.

18 Ello implica que algunos de los bancos identificados en el Anexo 2 como "bancos independientes", en realidad forman parte de grupos financieros, de manera que en dicho Anexo 2 se estaría subestimando la participación de los grupos financieros en el mercado bancario, y se está sobreestimando la participación de los bancos independientes en tal mercado.

Banco de Occidente, Financiera de Occidente, lmacenadora de Occidente, Seguros de Occidente y anzas de Occidente.

Banco Agrícola Mercantil, Financiera Agrícola ercantil y Almacenadora Guatemalteca.

Banco Inmobiliario, Almacenadora de la oducción y Aseguradora Integral (en formación).

Banco Granai & Townson, Financiera Granai & wnson, Almacenes Generales, Seguros Granai & wnson y Fianzas Granai & Townson.

Banco Industrial, Financiera Industrial y Compañía macenadora.

Banco del Ejército, Almacenes y Servicios, eguradora Guatemalteca y Afianzadora Solidaria.

Banco Internacional y Almacenadora Internacional.

Banco Metropolitano, Financiera Metropolitana, ntroamericana de Almacenes y Banco Promotor.

Banco del Café, Financiera del País, Almacenadora l País.

Banco del Café, Financiera del País, Almacenadora l País.

10. Banco de la Construcción, Financiera de Crédito y Almacenadora del Norte.

11. Banco de Exportación y Financiera Guatemalteca.

12. Banco Continental y Financiera Industrial y Agropecuaria.

13. Banco Reformador y Financiera Reforma.

14. Banco Uno y Financiera Uno (en formación).

15. Banco Corporativo y Almacenadora Corporativa.

16. Vivibanco y Corporación de Fianzas CONFIANZA.

17. Crédito Hipotecario Nacional [19] y Almacenes de Depósito del Crédito Hipotecario Nacional.

18. Banco Americano [20], Financiera de Inversión y Almacenadora de Inversión.

19. Banco del Agro y Agrocorporación Financiera (en formación).

20. SCI [21] y FCI.

21. Financiera Agro-Comercial y Almacenadora Agro-Comercial.

1 El Crédito Hipotecario Nacional es un banco estatal que se rige por su ley orgánica y que tiene características de empresa financiera multiproducto, pues cuenta con un Departamento de Seguros y Previsión y con un Departamento de Fianzas.
2 Inició operaciones en 1995.
2 Inició operaciones en 1995.

ANEXO 2

GRUPOS FINANCIEROS VRS. BANCOS INDEPENDIENTES
PARTICIPACION RELATIVA EN EL
MERCADO BANCARIO */

Pasivo Total medido al 31 de mayo de 1995

Bancos	Millones de Q.	%
Sistema Bancario	19,502.9	100.
Bancos Integrantes de Grupos Financieros	16,424.6	84.2
De Occidente, S.A.	1,747.1	9.0
Agrícola Mercantil, S.A.	867.9	4.5
Del Agro, S.A.	937.4	4.8
Inmobiliario, S.A	698.0	3.6
Granai & Townson, S.A.	1,712.9	8.8
Industrial, S.A.	1,861.4	9.5
Del Ejército	643.8	3.3
Internacional, S.A.	684.9	3.5
Metropolitano, S.A.	617.3	3.2
Del Café, S.A.	1,132.8	5.8
De la Construcción, S.A.	566.0	2.9
De Exportación, S.A.	1,198.9	6.1
Promotor, S.A.	335.6	1.7
Continental, S.A.	856.9	4.4
Reformador, S.A.	834.3	4.3
Uno, S.A.	661.6	3.4
Corporativo, S.A.	148.5	0.8
Vivibanco, S.A.	29.2	0.1
Crédito Hipotecario Nacional	742.1	3.8
SCI	117.4	0.6
Americano, S.A.	30.5	0.2
Bancos Independientes	3,078.3	15.8
Lloyds Bank P.L.C. Suc. G.	484.6	2.5
De los Trabajadores	375.8	1.9
Del Quetzal, S.A.	500.3	2.6
Citibank, N.A. Suc. G.	67.0	0.3
Empresarial, S.A.	172.2	0.9
Del Nor-Oriente, S.A.	440.3	2.3
De Comercio, S.A.	231.4	1.2
De la República, S.A.	52.4	0.3
Nacional de Desarrollo Agrícola	430.2	2.2
Multibanco, S.A.	302.9	1.6
Nacional de la Vivienda	0.0	0.0
Bancasol	21.2	0.1

Fuente: Superintendencia de Bancos.

H:\users\garcia\cuadros\juanca.wk1....05-07-95.

*/Véase la segunda nota de pie de página del anexo 1

5. REFERENCIAS

Azcárate Aguilar-Amat, Javier (1992). La Supervisión de los Conglomerados Financieros. Banco de España; Servicio de Estudios. Documento de Trabajo No. 9216; ISBN: 84-7793-165-8.

Castañeda Fuentes, Juan Carlos (1994). Consideraciones acerca del Ambito y el Enfoque de la Regulación Financiera. Banco de Guatemala, Departamento de Investigaciones Económicas. Guatemala, junio.

De la Cuadra F., Sergio; Salvador Valdés Prieto y Daniel Wisecarver (1988). Supervisión Bancaria: Anticipación de Problemas y Alternativas de Acción. Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, Chile. Agosto.

Departamento de Investigaciones Económicas (1994). Guatemala: Avances del Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional. Banco de Guatemala. Guatemala, diciembre.

Grove, David L. (1958). Nueva Ley de Bancos de Guatemala; contenido en Seminario de Integración Social Guatemalteca (1958), Economía de Guatemala, Editorial del Ministerio de Educación Pública, Guatemala.

Khatkhate, Deena R. y Klaus-Walter Riechel (1980). Multipurpose Banking: Its Nature, Scope, and Relevance for Less Developed Countries. IMF Staff Papers 27, September.

Reinstein, Andrés y Rodrigo Vergara (1993). Hacia una Regulación y Supervisión Más eficiente del Sistema Bancario. Estudios Públicos No. 49, verano, p. 99-136. Santiago, Chile.

Superintendencia de Bancos (de Guatemala) (1994). Conglomerados Financieros y su Estructura: Retos de la Supervisión y/o Colaboración entre Supervisores del Sistema Financiero - Comentarios - Presentación - Guatemala. XI Asamblea de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe. México, agosto de 1994.

Valdés Prieto, Salvador (1990). Regulación Bancaria: ¿Exclusiva del Estado o de todos los Acreedores? Documento de Trabajo No. 129. Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, Chile. Noviembre.

"Los eventos memorables de la historia son los efectos visibles de los cambios invisibles en la manera de pensar de la gente".

Gustave Lebon

REFLEXIONES SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE

I. Motivo de estudio

La necesidad de "depurar" los Organismos Legislativo y Judicial trajo a colación distintas opciones jurídicas. Las que obtuvieron mayor reconocimiento entre juristas y conocedores fueron la que propugnaba por la renuncia de los diputados al Congreso de la República y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y aquélla que planteaba la terminación del período para el cual habían sido electos por vía de una reforma constitucional.

La opción de la renuncia no tuvo viabilidad porque los funcionarios públicos relacionados se negaron, en reiteradas oportunidades, a resignar sus cargos. De tal suerte, la opción de la reforma constitucional fue la salida que se escogió para "depurar" los Organismos Legislativo y Judicial.

Sin embargo, de conformidad con lo que disponen los artículos 279 y 280 de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, en vigencia desde el 14 de enero de 1986, el órgano encargado de aprobar reformas a la parte orgánica de dicha Carta Magna es el Congreso y no la Asamblea Nacional Constituyente.

Asimismo, dispone la Constitución que después de aprobada la reforma constitucional por los diputados, la misma deberá ser ratificada en consulta popular para que tenga validez material.

Como era previsible que los diputados no aprobaran una reforma constitucional que diera por terminados los períodos y funciones de los integrantes del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia, se comenzó a analizar la posibilidad de que se convocara a una Asamblea Nacional Constituyente para que aprobara una modificación constitucional tal.

Dicha tesis se fundamentaba en que la Asamblea Nacional Constituyente, aunque la Constitución sólo le concede facultades para reformar el capítulo relativo a los derechos individuales, si tenía la potestad para el efecto en virtud de que la misma como poder constituyente solamente tiene límites extrajurídicos (ideológicos y materiales) y no jurídicos. Es decir, a juicio de los defensores de esta tesis, el derecho (en este caso la Constitución) no puede limitar el poder constituyente.

Al final la discusión no pasó a más porque los congresistas, previa negociación con el Organismo Ejecutivo, aprobaron las reformas constitucionales que permitían su "autodepuración" y la de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, el tema del "poder ilimitado" de la Asamblea Nacional Constituyente quedó planteado y se ha reabierto su discusión a raíz de la eventual reforma constitucional que podría conllevar la firma de la paz entre el Gobierno de la República y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (U.R.N.G.).

II. Teoría del poder constituyente

Como podrá advertirse, el tema es de suma importancia no sólo para efectos académicos, sino también para fines prácticos de interpretación y aplicación. Por ello, conviene ilustrarnos en relación a la teoría del poder constituyente.

El tratadista Luis Recaséns Siches señala que existen dos maneras de producción de las normas jurídicas: Producción originaria, que es aquélla en que se crea la norma fundamental de un sistema u orden, y da nacimiento al mismo, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa; y producción derivativa, que es aquélla que tiene lugar cuando se produce normas, a tenor de lo dispuesto en un sistema jurídico ya constituido, por las competencias y según los procedimientos establecidos en éste.[1]

Expresa, asimismo, el jurista Recaséns Siches que la producción originaria implica lo que se llama poder constituyente. Cuando se funda por primera vez un

1 Recaséns Siches, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15, México, 1970. Página 297.

munidad estatal (y también cuando, en un viejo stado ha sido derrocado el régimen anterior), se da situación constituyente, que se caracteriza porque o hay un Derecho positivo anterior que esté vigente, porque va a fundarse un nuevo sistema jurídico.

grega Recaséns Siches que el poder constituyente es r naturaleza ilimitado, absoluto, en tanto en cuanto deriva su competencia de ningún otro poder, sino e se funda sobre sí mismo, en sí mismo, a fuerza de imero y originario. El acto constituyente es el acto rimordial y originario de soberanía, superior y evio a los actos de soberanía ordinaria. El poder nstituyente no puede hallarse sometido a ningún recepto positivo anterior si antes había un denamiento, éste caducó; por eso, el poder nstituyente es superior y previo a toda norma tablecida, ya que en él se fundará la validez de todas s normas que se establezcan.[2]

aramente, pues, el tratadista Luis Recaséns Siches manifiesta en el sentido de que el poder nstituyente está directa y exclusivamente lacionado con la producción originaria de las rmas jurídicas y no con la producción derivativa de s mismas. A juicio de dicho jurista, la producción rivativa de las normas tiene lugar cuando el sistema rídico ya está constituído y no por constituirse.

r su parte, el tratadista Humberto Quiroga Lavié, ando a Vanossi, indica que el poder constituyente iginario es aquél que funda un Estado (fundacional) que cambia la constitución de un Estado evolucionario). Señala Quiroga Lavié que el cionalismo ha sostenido que habrá revolución ando no se respete el procedimiento previsto por la nstitución para que ella sea reformada (a eso se ma: ruptura de la lógica de los antecedentes rmativos); y que el decisionismo entiende que brá revolución sólo cuando se cambie la decisión ndamental sobre el modo y forma de gobierno de pueblo (no importa si la decisión tomada es ena o mala) y no cuando se reforma una parte de la nstitución que no afecte alguna decisión ndamental: a esas partes las llama leyes nstitucionales.

Agrega Quiroga Lavié que el poder constituyente derivado (reformador) es aquél cuyo ejercicio está regulado y limitado por el poder constituyente originario a través de la constitución: para reformar la constitución se debe cumplir con el procedimiento y respetar los límites que la propia constitución establece. Dice Quiroga Lavié que el racionalismo acepta, por esta vía, la reforma total o parcial de la constitución, si se cumplen con los recaudos normativos; que el decisionismo sostiene que por esta vía no se puede cambiar la constitución: sólo cabe modificar las normas que no afecten a las decisiones fundamentales; y que el iusnaturalismo entiende que no se pueden modificar aquellas partes de la constitución que sirven de sustento a su estructura ideológica valorativa (aunque exista decisión política fundamental en tal sentido: una ideología sólo se puede cambiar por otra ideología mejor).

Para Quiroga Lavié no hay diferencia entre el poder constituyente originario y el derivado, en el sentido de que uno sea supremo y el otro no. La diferencia sólo existe de hecho: si el poder constituyente cumple con las disposiciones constitucionales que regulan su acción, se lo denomina derivado (procesalmente); si no lo hace, se le llama originario. Pero, según Quiroga Lavié, el derivado puede, cumpliendo con las prescripciones de la constitución (si no las cumple lo mismo), modificar en el todo o en cualquiera de sus partes a la constitución: en tal sentido el poder constituyente derivado puede hacer una revolución tan bien como lo puede hacer el originario.[3]

En conclusión para Quiroga Lavié el llamado poder constituyente derivado se sujeta a normas y limitaciones cuando reforma la constitución porque le resulta conveniente o porque por razones de oportunidad política no juzga beneficioso apartarse de ellas, pero no porque la constitución se lo imponga.

III. Límites al poder constituyente

Quiroga Lavié afirma que el poder constituyente se desnaturaliza si está realmente sometido o subordinado a normas jurídicas que lo dejan de lado

2 Recaséns Siches, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15, México, 1970. Página 305.

3 Quiroga Lavié, Humberto. DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984. Páginas 43, 44 y 47.

o lo limitan y que no puede ser consecuencia de las normas jurídicas sino fuente de ellas: por ello carece de sentido hablar de poder constituyente constituído.

De tal suerte, Quiroga Lavié solamente reconoce límites extrajurídicos tanto para el poder constituyente originario como para el derivado, los cuales concibe como absolutos, a saber:

- Ideológicos: el conjunto de valores o postulados emanados de la ideología predominante cuando actúa el poder constituyente (es la superestructura de normas, valores o conocimientos vigentes en la sociedad);

- Materiales: el conjunto de condiciones que determinan la infraestructura social: lucha de clases o sistema de producción, situación geográfica o desarrollo económico.[4]

Recaséns Siches, a su vez, puntualiza que la filosofía de la democracia liberal, al aplicarse al poder constituyente (referido únicamente a la producción originaria de las normas), produce la exigencia ideal de que éste, desde el punto de vista de la Estimativa o Axiología Jurídica, aunque de hecho posea una potestad absoluta, debe limitar esa potestad mediante el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la persona individual. Afirma que ésta es una de las diferencias esenciales y tajantes que separan la filosofía democrática frente a la concepciones totalitarias.[5]

Schmitt, interpretado por Vanossi, con evidentes nexos con el Historicismo Jurídico se manifestó completamente contrario al racionalismo y por sobre todo al Iusnaturalismo negando la existencia de freno alguno a la voluntad política de la nación.[6]

Para quienes el derecho sí puede limitar al poder constituyente, éste se encuentra sujeto a los siguientes límites jurídicos:

- Procesales: Conjunto de disposiciones que establecen el procedimiento de actuación del poder constituyente. V.gr. Trámite para la reforma, plazos para reformar, etcétera.

- Sustantivos: Conjunto de directrices que orientan l labor del poder constituyente que, a su vez, puede ser:

* Expresos: Cláusulas pétreas o inmodificables (V.gr Prohibición a la reelección presidencial inelegibilidad de golpistas); o directivas dirigidas a constituyente por quien lo convoca;

* Tácitos: Contenidos pétreos que surgen del espírit intangible emanado de la tradición;

- Pactos preconstituyentes: Ordenaciones dirigidas constituir el poder constituyente;

- Tratados internacionales: En el mundo actual ya s reconocen comunes denominadores que está determinando y orientando los derechos internos d los países, tales los casos del reconocimiento d derechos humanos inalienables e inmutables y l protección ambiental.

IV. El poder constituyente en Guatemala

Aunque en nuestro país no se ha reconocid expresamente la existencia de un poder constituyent originario y de uno derivado, se ha regulado como s los hubiera.

También en Guatemala ha sido tradició constitucional la imposición de límites jurídicos y, e algunas oportunidades extrajurídicos, al pode constituyente derivado:

A) En el título XIV de la primera Constitución d Estado de Guatemala, emitida el 11 de octubre d 1825, relativo a las reformas constitucionales, s contemplan dos preceptos que imponen límite jurídicos y extrajurídicos al poder constituyent derivado, a saber:

Artículo 259. Si se resolviere por los dos tercios d votos (de la legislatura) que ha lugar a reveer l constitución, y la revisión fuere declarada urgent por el solo caso de haberse variado o alterado en l constitución federal la forma de gobierno de l Estados, se convocará una Asamblea Constituyent

4 Quiroga Lavié, Humberto. DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984. Páginas 50 y 51

5 Recaséns Siches, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15, México, 1970. Página 308.

6 Vanossi, Jorge Reginaldo A. TEORIA CONSTITUCIONAL. Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1976.

uyos miembros serán autorizados con poderes mplios y especiales para reveer la constitución, y acer en ellas las alteraciones a que dieron lugar las rcunstancias y la convocatoria.

rtículo 262. Los miembros de la Asamblea nstituyente antes de dar principio a sus funciones rarán solemnemente "limitarse a estudiar sobre los bjetos para que fueron convocados, sin atentar ntra la constitución federal; y conservar al Estado y sus habitantes las garantías individuales y políticas, ser fieles a la República y al Estado".[7]

) En el título VII de la Ley Constitutiva de la epública de Guatemala, decretada por la Asamblea acional Constituyente el 11 de diciembre de 1879, lacionado con las reformas a la constitución, se cluyen dos artículos que imponen límites jurídicos poder constituyente derivado, a saber:

rtículo 99o. La Asamblea (legislativa), con las dos rceras partes de sus votos, podrá acordar la reforma la Constitución, señalando al efecto el artículo o tículos que hayan de alterarse.

rtículo 100o. Decretada la reforma, el Poder ecutivo convocará una Asamblea Constituyente, e debe ser instalada dentro de los tres meses guientes. En la convocatoria se insertará la solución de que habla el artículo que precede[8].

) En el título XI de la Constitución de la República e Guatemala decretada por la Asamblea onstituyente el 11 de marzo de 1945, relativo a las formas constitucionales, se contemplan dos eceptos que imponen límites jurídicos al poder nstituyente derivado, a saber:

rtículo 206. La reforma total o parcial de la onstitución sólo podrá decretarse por el voto de las s terceras partes, por lo menos, del número total de iputados que forman el Congreso, el que señalará el tículo o artículos que hayan de reformarse. En alquier caso en que se pretenda la reforma total de Constitución o de los artículos 2; 115, inciso 11o.; 1; 132; 133; 135; 136, y del presente, o de uno o de varios de ellos, sólo podrá decretarse cuando lo resuelvan las dos terceras partes, por lo menos, de los votos ya dichos, en dos períodos distintos y consecutivos de sesiones ordinarias del Congreso; y aún así, la Asamblea Constituyente no podrá reunirse para conocer de la reforma en tal caso, sino cuando hayan transcurrido seis años contados desde que se decretó. La reforma de la Constitución podrá consistir en modificar, suprimir, adicionar, substituir o aumentar artículos. En ningún caso podrán los artículos 2; 115, inciso 11o.; 131; 132; 133; 135; 136 y el presente, ser declarados en suspenso o restárseles en cualquier forma su vigencia y efectividad.

Artículo 207. Decretada la reforma, el Congreso convocará a elecciones para una Asamblea Constituyente, que deberá quedar instalada dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la convocatoria, salvo el caso previsto en el artículo anterior, respecto de la reforma de dicho artículo y de los artículos 2; 115, inciso 11o.; 131; 132; 133; 135; 136 y 206 o de cualquiera de ellos, y la total de la Constitución; caso en el que la convocatoria deberá hacerse por el Congreso que funcione el quinto año, a contar de la fecha en que haya sido decretada la reforma, a efecto de que la instalación de la Asamblea Constituyente se verifique al vencerse el término fijado de seis años. En la convocatoria se insertarán el artículo o artículos cuya reforma se hubiere decretado[9].

D) En el título XII de la Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de febrero de 1956, relacionado con las reformas a la constitución, contempla dos disposiciones que limitan jurídicamente el poder constituyente derivado, a saber:

Artículo 239. El Congreso, con el voto de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, podrá decretar la reforma a la Constitución, señalando al efecto el artículo o artículos que hayan de modificarse. La reforma de la Constitución podrá consistir en modificar, suprimir, adicionar, sustituir o aumentar artículos.

DIGESTO CONSTITUCIONAL. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. Números 4-5-6-7. julio-diciembre 1976, enero-junio 1977, julio-diciembre 1977, enero-junio 1978. Páginas 112 y 113.

DIGESTO CONSTITUCIONAL. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. Números 4-5-6-7. julio-diciembre 1976, enero-junio 1977, julio-diciembre 1977, enero-junio 1978. Página 177.

DIGESTO CONSTITUCIONAL. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. Números 4-5-6-7. julio-diciembre 1976, enero-junio 1977, julio-diciembre 1977, enero-junio 1978. Página 338.

Artículo 240. No podrá decretarse la reforma de los artículos 18, inciso 2o., 28, 144, inciso 11, 159, 162 y 163, ni ninguno de los que se refieren al principio de la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, si no lo resuelve el Congreso en dos períodos distintos y consecutivos de sesiones ordinarias; y aún así, la Asamblea Constituyente no podrá reunirse para conocer de la reforma de los citados artículos, sino cuando hayan transcurrido seis años, contados desde que se decretó. Tampoco podrán suspenderse los efectos de tales artículos, ni restárseles en forma alguna su efectividad y vigor.[10]

E) En el título VIII de la Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965, relacionado con las reformas a la constitución, incluye dos artículos que limitan jurídicamente al poder constituyente derivado, a saber:

Artículo 266, párrafo segundo. Para cualquier otra reforma constitucional, es indispensable que el Congreso de la República, con el voto de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente, señalando el artículo o los artículos que hayan de revisarse, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 267. No podrá decretarse la reforma de los artículos 14, inciso 4o.; 33, 166, inciso 10; 182 y 185 ni ninguno de los que se refieren al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República. Tampoco podrá suspenderse los efectos de tales artículos, ni restárseles en forma alguna su efectividad y vigor.[11]

F) En el título VII de la Constitución Política de la República de Guatemala, decretada el 31 de mayo de 1985, en vigencia actualmente, que se relaciona con las reformas a la Constitución, también contempla varias disposiciones que limitan jurídicamente el poder constituyente derivado, a saber:

Artículo 278. Para reformar éste o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución (derechos individuales), es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente. En el decreto de convocatoria señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse y se comunicará al Tribunal Supremo Electoral para que fije la fecha en que se llevarán a cabo las elecciones dentro del plazo máximo de ciento veinte días, procediéndose en lo demás conforme a la Ley Electoral Constitucional.

Artículo 280. Para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados. Las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de esta Constitución. Si el resultado de la consulta fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.

Artículo 281. En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165, inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido.[12]

Como podrá advertirse, la tradición constitucional guatemalteca, por supuesto fijando límites jurídicos y en alguna medida, extrajurídicos al poder constituyente derivado, siempre ha admitido la posibilidad de que la constitución pueda ser reformada total o parcialmente por la representación nacional, sea ésta una Asamblea Constituyente o el mismo Organismo Legislativo.

10 DIGESTO CONSTITUCIONAL. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. Números 4-5-6-7. Julio-Diciembre 1976, enero-junio 1977, julio-diciembre 1977, enero-junio 1978. Página 379.

11 DIGESTO CONSTITUCIONAL. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. Números 4-5-6-7. Julio-Diciembre 1976, enero-junio 1977, julio-diciembre 1977, enero-junio 1978. Páginas 432 y 433.

12 Constitución Política de la República de Guatemala. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Guatemala, C.A. 1990. Páginas 164, 165 y 166.

n embargo, la experiencia en materia de reformas nstitucionales, dentro de un contexto de respeto al den constitucional vigente, ha sido muy limitada en estro país.

lvo los casos en que el gobernante de turno ha cidido prorrogar su mandato, el procedimiento de forma constitucional no se ha utilizado del todo. En rminos generales, los "cambios" siempre se han oducido como consecuencia de "rompimientos del den constitucional".

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional en materia de derechos individuales

la Constitución vigente se introdujo la innovación que las reformas que apruebe el Congreso de la República deben ser ratificadas a través de un referéndum o consulta popular. Sin embargo, no me plico por qué los constituyentes no exigieron mbién el referéndum para las reformas que apruebe l Asamblea Nacional Constituyente, sobre todo si ta tiene la potestad de reformar lo relativo a los rechos individuales.

finitivamente, la posibilidad de que una asamblea nstituyente pueda reformar los preceptos lacionados con los derechos individuales sin itación alguna me preocupa sobremanera.

más, me parece muy interesante la limitación ntenida en la primera Constitución de la República e exigía a los constituyentes "conservar al Estado y sus habitantes las garantías individuales y líticas", disposición que de alguna manera eviene lo que demanda el tratadista Luis Recaséns ches (Ver artículo 262 de la Constitución del Estado Guatemala, emitida el 11 de octubre de 1825, tados en el apartado anterior).

ebo reconocer, sin embargo, que representan andes avances del constitucionalismo atemalteco, en materia de defensa y protección de s libertades individuales, las disposiciones ntenidas en los artículos 44 y 46 de la actual onstitución, que a continuación transcribo:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

La primera disposición constitucional confiere un lugar preeminente al Derecho Natural y la segunda nos hace ciudadanos del mundo civilizado.

En todo caso, considero que en materia de derechos individuales el poder constituyente, tanto originario como derivado, debiera estar sujeto siempre a límites extrajurídicos ideológicos y universales (superestructura de valores, principios, reglas y conocimientos vigentes en la sociedad) y a límites jurídicos reconocidos universalmente (convenciones y tratados).

VI. Limitaciones del poder constituyente derivado

En mi opinión, el poder constituyente derivado debe ajustarse a derecho, es decir debe estar sujeto a límites jurídicos, con base en que desde que existe un orden jurídico constituído todo acto del poder constituyente debe ser jurídico, es decir respetuoso del orden legal vigente.

Luego, no podría pensarse ni aceptarse una "actuación de facto" dentro de un régimen de legalidad. Y una "actuación de facto" se daría en el caso de que el poder constituyente se arrogara poderes que no le confiere el orden jurídico establecido.

REVISTAS

Esto significa que, de conformidad con lo que dispone el artículo 278 de la actual Constitución Política de la República, la Asamblea Nacional Constituyente solamente está en capacidad de reformar las disposiciones constitucionales relativas a los derechos individuales.

Asimismo, conforme a lo que establece el artículo 280 de dicha Constitución, corresponde al Congreso la aprobación de la reforma de las demás disposiciones constitucionales y su ratificación al Pueblo de Guatemala a través de un referéndum que permita votar por cada una de las reformas si fueren varias.

Las disposiciones constitucionales exprcsamente indicadas en el artículo 281 de la Constitución son pétreas, es decir inmodificables, aunque dicho artículo es susceptible de modificación toda vez que no fue incluído dentro de los inmutables. De tal suerte, si dicho artículo fuera modificado o simplemente suprimido, se abriría la puerta para que los preceptos pétreos pudieran ser modificados a su vez.

Cabe advertir, finalmente, que, a mi juicio, el poder constituyente (sea asamblea nacional constituyente o congreso legislativo) siempre debiera actuar no sólo dentro de los límites jurídicos impuestos por la Constitución, sino también con apego a normas, valores y principios universales, especialmente cuando se trata de reformar disposiciones relativas a los derechos individuales. Es decir, el poder constituyente debe ajustarse a límites extrajurídicos fundamentales.

No obstante, en mi opinión los límites al poder constituyente no son suficientes cuando se trata de reforma de preceptos relacionados con derechos individuales, principalmente por el carácter político del órgano reformador. El "juego político" siempre atiende a las circunstancias prevalecientes y puede desembocar en decisiones o consecuencias impredecibles, insospechadas y hasta inauditas. Por ello, me inclino más porque el tema de los derechos civiles sea abordado por un órgano con autoridad moral y no política.

Lic. Mario Roberto Fuentes Destarac
***Abogado y Notario.**

"Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la garantía más importante de la libertad."

Friedrich A. Hayek

HACIA LA FORMULACION DE UNA NORMA CONSTITUCIONAL BASADA EN LAS TEORIAS MODERNAS DE LA OPCION PUBLICA Y LA ECONOMIA CONSTITUCIONAL

TRODUCCION 1.1. Exposición de motivos 1.2. Planteamiento de la Tesis 1.3. De la metodología 2. LA OPCION PUBLICA 2.1. Conceptos rales 2.2. Opción pública 2.3. La Economía constitucional 3. EL APORTE NORTEAMERICANO AL CONSTITUCIONALISMO La Constitución de los Estados Unidos 3.2. La declaración de derechos 3.3. Las enmiendas 3.4. El aporte Norteamericano 4. LA CONSTITUCION GUATEMALA 4.1. Conceptos generales 4.2. La Constitución de 1985 4.3. Buscadores de renta. Los políticos maximizadores 4.4. Conclusiones A REFORMA CONSTITUCIONAL 5.1. Momento histórico 5.2. Planteamientos de la URNG 5.3. Aplicación de la doctrina de la opción pública y onomía Constitucional al caso de Guatemala. 5.4. El proceso electoral 6. CONCLUSIONES 7. BIBLIOGRAFIA

. INTRODUCCION

.1. Exposición de motivos.

l presente trabajo se escribe como una obligación cadémica, pero al mismo tiempo es una magnifica portunidad para formular aportes para la ntegración de una sociedad libre, justa, desarrollada conómica y socialmente, en donde el Estado cumpla a función para la cual ha sido organizado, es decir, arantizar a los ciudadanos el goce de la libertad, la usticia, la dignidad y los demás derechos humanos ndividuales.

A este respecto, nuestro ilustre profesor De La Torre, eñalaba recientemente: "El debate a nivel ontinental, sobre ¿a dónde queremos ir?, ¿en qué tipo e sociedad queremos vivir?, ¿cuál ha de ser el papel el individuo en la conformación del futuro?, ¿cuál? l del Estado, el del mercado, el de la ley, el de la oral, el de la religión, ha llegado en estos años a un ivel de intensidad nunca visto... Hay una razón de ulto que lo alimenta: el fracaso relativo de nuestros ueblos en alcanzar aquel grado de bienestar y elicidad al que se creyeron con todo derecho estos aíses, al independizarse de sus metrópolis uropeas." [1] Compartimos estas mismas inquietudes n el afán de superar las condiciones adversas de uestra sociedad. Nos corresponde como pensadores estudiosos, la responsabilidad de formular propuestas de cambio en nuestra ordenación social para conseguir los propósitos específicos del individuo y los generales de la colectividad, teniendo como partida los hechos históricos que nos demuestran la evidencia del fracaso de los regímenes totalitarios y las economías centralizadas, "tanto en su versión totalitaria, la del antiguo bloque soviético, como en las no mucho menos ruinosas de nuestras social democracias, del norte y del sur, con sus mercados intervenidos y sus consecuentes distorsiones de precios.[2]

Al plantearnos las interrogantes sobre dónde hemos fallado en la construcción de nuestras sociedades, debemos tener presente necesariamente el fracaso del sistema socialista y de las economías centralizadas y es con ese telón de fondo histórico que debemos analizar las teorías económicas políticas modernas, comparar nuestras realidades y sacar las obligadas y lógicas consecuencias.

¿Cuál es la causa profunda de nuestros males? No falta quien con un fatalismo conformista señala que más bien estas causas deben buscarse en realidades de tipo antropológico, genético, raciales o culturales y no en el sistema social y económico que se adopte. Es indudable que determinados pueblos presenten ciertas características antropológicas que favorecen su desarrollo, tales como su inclinación natural por el respeto al orden y a las instituciones, su laboriosidad

ARMANDO DE LA TORRE. "El Marco Jurídico del Libre Mercado". Ensayo. 1995.
IBIDEM

y su responsabilidad. No obstante, si no podemos negar que dichos factores influyen en el bienestar de los pueblos, la evidencia empírica nos demuestra que el sistema económico social, tiene mucho que ver en favorecer el desarrollo aprovechando o no, las condiciones naturales de los individuos. El caso de Chile es un ejemplo de como un pueblo latinoamericano igual que el nuestro ha superado ya la condición de pobreza y atraso que es común en nuestro subcontinente, y se encamina ya a un desarrollo completo, siempre y cuando las fuerzas políticas sociales no se le impidan en el futuro. De manera que sin dejarnos abatir por el fatalismo de que las cosas tienen que ser así, debemos iniciar el arduo trabajo de convencer a los dirigentes de la sociedad de que debe trabajarse en la formación de un nuevo orden social que favorezca el desarrollo del país.

Hechas las salvedades sobre las condiciones especiales de los pueblos, debemos partir de ciertos hechos históricos evidentes, tales como que, aquellos pueblos que han adoptado un sistema de libertad individual y de libertad económica son los que en un reciente pasado han superado las condiciones de pobreza y atraso, tales como el ya citado ejemplo de Chile y los países de Asia, Australia, Nueva Zelandia y otros. Todos tienen en común, un sistema de libertad individual y económica.

Podemos partir, pues de una premisa: el orden económico, social y jurídico influye fundamentalmente en el desarrollo de los pueblos. Y es justamente el orden que proporciona al individuo un marco adecuado dentro del cual se actúa libremente para el desarrollo de sus actividades económicas, sociales, culturales, artísticas, académicas, religiosas, etcétera, el que da los más optimos resultados. Ningún estudio académico serio puede soslayar estos hechos históricos evidentes, por lo que más bien debe buscarse el motivo por el cual los dirigentes se rehusan a optar por el camino de la libertad.

Conforme lo anterior, vamos definiendo ya el objeto de estudio del presente trabajo: el orden social. Debemos estudiar el orden social y específicamente el orden social regido por leyes, es decir el régimen jurídico, aceptando que la naturaleza del mismo es una condición básica que favorece o disminuye las posibilidades de desarrollo y bienestar de las sociedades humanas.

Al adentrarnos en el problema del orden social jurídico, se nos presenta la alternativa: el orden de Estado benefactor, "déspota benevolente" planificador de las actividades humanas, que fija lo objetivos, los métodos y los procedimientos, pue tienen como objetivo el bien común y la felicida general o bien el orden libre, que garantiza y estimul la actividad espontánea de los individuos que s esfuerzan por alcanzar sus propósitos individuales que en ese afán producen riqueza y bienestar qu beneficia a toda la sociedad.

Visto está que en el caso de Guatemala, el Estad benefactor e intervencionista ha fracasad rotundamente en resolver la problemática de lo guatemaltecos. Desde este momento, podríamo rechazar esa posibilidad y concluir nuestro trabaj Sin embargo, debemos estudiar con responsabilida académica, la opción del orden libre y espontáne para ofrecer una solución viable, lógica, racional crear una corriente de opinión que haga posible un reforma de nuestras estructuras jurídicas para el logr de los objetivos de bienestar y desarrollo.

1.2. Planeamiento de la tesis.

Definido nuestro objeto de estudio y la problemáti que plantea, corresponde presentar la tesis qu pretendo probar o improbar en este trabajo.

Con base en lo expuesto anteriormente sobre el ord legal y sobre la naturaleza de las normas, planteam la tesis en la forma siguiente: una de las caus fundamentales por la que Guatemala no haya lograd su desarrollo económico, social, político y jurídico, el orden jurídico constitucional que establece u Estado benefactor, intervencionista en las actividad de los individuos y que ha permitido que l detentadores del poder instrumentalicen el ord legal para su propio y personal beneficio en perjuic de la mayoría de los habitantes. El trabajo versa sobre la probanza o improbanza de este aserto.

1.3. Metodología.

El estudio de la problemática planteada se hará a luz de la doctrina moderna conocida como PUBL CHOICE y que se traduce como "OPCIO PUBLICA" o "ELECCION PUBLICA" y una de s subdisciplinas "La Economía Constitucional

ensamiento que ofrece una explicación de las causas or las cuales el Estado se ha desnaturalizado y como stitución ya no responde a la solución de las ecesidades de los individuos para lo que fue ganizado.

La opción pública

1. Conceptos generales.

a Opción Pública es una elaboración científica de la onomía política, formulada por ilustres profesores orteamericanos e ingleses que retomando ideas tiguas han desarrollado un método de vestigación para el estudio de las instituciones y de s procesos internos de toma de decisiones líticas.[3] Sus más conspicuos formuladores han sido tre otros James Buchanan, Gordon Tullock y ennan.

demos definir a la Opción Pública como el estudio ofundo de las estructuras, las reglas y los procesos bernamentales o políticos y burocráticos por medio los cuales se adoptan decisiones políticas. Atiende ás a las instituciones dentro de las cuales se toman cisiones que al contenido de las decisiones ismas.[4]

ra la Opción Pública, el "Ingenierismo Social" de los onomistas debe rechazarse si el mismo no viene oyado por una decisión política ampliamente ayoritaria. Lo anterior significa que, la verdadera mocracia debe fundarse en un auténtico respeto a s intereses y opiniones de los miembros del cuerpo cial, aspecto en el cual toman gran importancia los tudios del pensador sueco Knut Wicksell sobre las glas de votación y especialmente en lo relativo a la gla de la unanimidad que debe tenerse muy esente en el tema constitucional, por tratarse de las glas básicas que fundan el orden social y que por ntener renuncias del individuo en favor de vivir en colectividad, deben reunir el consenso más amplio sible de los miembros de un colectivo para que esté vestida de legitimidad.

La Opción Pública desarrolla un auténtico análisis económico de la política y cuestiona el papel del experto económico dentro del paradigma de la maximización, por su tendencia a relegar la libre elección individual y a relegar lo esencial, (el individuo) por lo accidental, (la maximización). En ese orden de ideas, Opción Pública se opone firmemente al Estado benefactor y al Keynesianismo.

La Opción Pública presupone ciertos hechos fundamentales: la libertad y la propiedad privada. La libertad para escoger y la propiedad para intercambiar libremente.

Podemos resumir que, conforme la teoría de la Opción Pública, todos los individuos tienen la posibilidad y deben elegir; al contrario de la sociedad económica planificada en donde un déspota, o un grupo opresor, elige por el individuo. En teoría, existe la posibilidad que el déspota elija correctamente, pero la práctica demuestra que no es así, por carecer de voluntad e información. La razón de la legitimidad de la Opción Pública radica en que por lo general el "déspota benevolente" o el grupo opresor que dice elegir por el "bien común", no lo hace así, pues obedeciendo a su condición humana, el "déspota benevolente" o el "grupo opresor", elige conforme sus intereses individuales y particulares, con el agravante que para hacerlo tiene el poder en sus manos. El resultado es la pobreza, el abuso, la corrupción y demás males de todos conocidos.

2.2. La economía constitucional.

Como subdisciplina de la Opción Pública, la Economía Constitucional, es el estudio y la valoración de las reglas fundacionales del orden social, de acuerdo con el método económico. Es decir, la aceptación de que la formulación de las normas jurídicas ocurre en la realidad como un intercambio en el mercado. Los individuos tratan siempre de sacar ventaja de las normas. De ahí la gran importancia de determinar cuales reglas entran en el juego del mercado y cuales normas fundamentales no deben

JAMES BUCHANAN. "Economía Constitucional" 1a. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1993. Pág. 77.
GORDON TULLOCK. "Una Perspectiva Americana de los Mercados a la Elección Pública". 1a. Ed. Instituto de Estudios Fiscales Madrid. 1993. Pág. 71.

prestarse a dicho intercambio, pues en dicho caso el sistema jurídico que rige a una sociedad, se pone al servicio de quien tiene el poder de formular dichas normas. La formulación de las normas generales que no otorgan ventajas a ningún individuo o grupo, son objeto de la formulación constitucional.

El profesor Hayek hizo un extraordinario aporte de la Economía Constitucional en su estudio sobre el constitucionalismo americano que concibe la idea de la "Constitución como una Limitación". [5] Lo anterior significa que, dentro del orden constitucional, el derecho debe tender a evitar que restrinja la libertad de los individuos en aras del bien común o colectivo, por lo que el constitucionalismo es el mayor límite al ejercicio de un poder abusivo o degenerador de la esencia misma del orden jurídico y del Estado mismo. Más adelante retomaremos este importante tema.

El constitucionalismo se funda en la secular aspiración humana de ser gobernados por leyes y no por hombres, (lucha contra la arbitrariedad de los poderes públicos). [6]

La necesidad de establecer límites para proteger a los individuos ya había sido señalada mucho antes por Adam Smith que calificó a los políticos como "animales astutos e insidiosos" o como señalara John Stuart Mill siguiendo a Hume: "El verdadero principio del gobierno constitucional que hay que dar por sentado es que el poder político se empleará abusivamente para promover los fines particulares de quien lo detenta".[7]

En ese mismo orden de ideas, Peacock señala que: "Los gobiernos son manejados por políticos y burócratas que pueden maximizar una función individual o de partido en lugar de una especificación medianamente aceptable de una función de bienestar social".[8]

No obstante, la crítica más fuerte a la clase política l hace el profesor Buchanan, quien analiza la políti como un "proceso de intercambio entre la obtenció de ingresos públicos y la búsqueda de rentas por par de los grupos de interés". [9]

Podemos incluir que el constitucionalismo es e esencia la limitación al poder de los gobernantes e garantía de la libertad individual y de protección a l derechos de los individuos que forman un estado, e un ámbito de libertad. Al respecto Bremen Buchanan expresan: "El gran descubrimient intelectual del siglo XVIII fue el orden espontáneo d mercado, el descubrimiento de que, bajo un conjunt o estructura apropiada de reglas, leyes e institucione los individuos persiguiendo sus propios interese pueden promover el de los demás. El resultado es e gran aparato de coordinación social que todav después de los siglos supera todo lo imaginad cuando se le valora como una empresa e colaboración. Sin embargo, la cooperación de l agentes en el mercado, no requiere ni que entienda su estructura ni que su comportamiento trascienda l ordinarios principios de moralidad. **"LO QUE S REQUIERE ES UN ADECUADO CONTEXT CONSTITUCIONAL, UNA APROPIAD ESTRUCTURA DE REGLAS, CON SU PRESCRIPCIONES O NORMAS PAR MANTENERLA EN FUNCIONAMIENTO".** [10]

3. El aporte norteamericano al constitucionalismo.

Con el afán de formular una norma general y abstrac que respete la libertad individual y favorezca desarrollo de nuestro pueblo, debemos hacer u revisión somera sobre los antecedentes históric sobre el tema.

5 FRIEDRICH HAYEK. "Los Fundamentos de la Libertad" Selección de Rigoberto Juárez Paz. Universidad Francisco Marroquín. Libro Libre. Guatemala. 1992. Págs. 289, 290 y 291.
6 BUCHANAN. Op. Cit.
7 Citado por JAMES BUCHANAN. Op. Cit. Pág. 32.
8 IBIDEM. Pág. 33.
9 El Cálculo del Consenso. Espasa Calpe. Madrid. 1a. Ed. 1980.
10 JAMES BUCHANAN. Op. Cit. Pág. 21.

istóricamente sólo puede realmente hablarse de un nstitucionalismo moderno en las constituciones de ancia y Estados Unidos. Por razones de tiempo, nicamente haremos una revisión muy rápida de la periencia constitucional de los Estados Unidos, yo texto fundamental ha sido objeto de especial tudio por parte de los pensadores de la Opción ublica y la Economía Constitucional.

Constitución de los Estados Unidos es un magno erpo legal que tiene doscientos años de antigüedad vigencia y que en lo esencial y pese de las veintiséis miendas que se le han hecho, permanece tal y como e redactado por los próceres americanos.

1. La Constitución de los Estados Unidos.

Constitución de los Estados Unidos fue suscrita en 87 por delegados de trece Estados y consta de siete tículos; cada artículo con varias secciones, escritos n extraordinaria sencillez y sobre los temas más ndamentales que interesaban a los trece Estados que icialmente integraron la Unión Americana, temas bre los que los próceres logran un acuerdo unánime.

s próceres americanos, al formular el texto, tenían te sí los siguientes elementos a tomar en cuenta: la cesidad de proteger al ciudadano, ya que recién lían de un régimen dictatorial inglés que abusaba y poliaba a los ciudadanos de las trece provincias; la fensa de los derechos que fue pues el objeto, la emisa fundamental; la necesidad de garantizar a los idadanos los derechos de propiedad sobre sus ndos y propiedades habidas gracias a un enorme fuerzo de trabajo y consolidación del gran país rteamericano; la necesidad de unir a los Estados ra la integración de la nación, respetando los tereses y aspiraciones de cada Estado; en caso ntrario se desintegraría la unión; al deseo de los presentantes de crear más bien un Estado central ordinador de esfuerzos y que promoviera a la defensa y a la representación nacional, que a un Estado centralizador y opresor, motivo por el cual se optó por el federalismo como forma de organización nacional. [11]

Considerando todos estos aspectos, luego de amplia deliberación de los representantes de las trece colonias suscribieron el texto constitucional, sencillo, claro, general, abstracto, estableciendo e instituyendo las grandes instituciones: el Congreso bicameral (el Senado y la Cámara de Representantes), el Ejecutivo (La Presidencia), y la Corte Suprema de Justicia. Los representantes delegaron todo lo relativo a la vida y funcionamiento de los Estados y los asuntos específicos a la decisión de las legislaturas estatales. Con ello habían creado una norma general y abstracta que ratificada posteriormente por las enmiendas introducidas, garantiza plenamente la libertad individual y económica y el respeto por los derechos ciudadanos que ha sido ejemplo para el mundo y que permitió el desarrollo de un formidable país que influye en forma determinante en el mundo moderno.

Cabe señalarse que, los legisladores constitucionales, soslayaron temas en los cuales no había unanimidad entre los delegados de las trece colonias, tal el tema de la esclavitud, cuya permisión ha sido históricamente criticada por inmoral e inhumana. Sin embargo, la grave división de opinión entre los Estados esclavistas del sur y los abolicionistas, hacía totalmente imposible el consenso y el resultado hubiera sido la desintegración. A este respecto George Mason, político antifederalista de Virginia calificó a la esclavitud como "comercio diabólico en sí mismo que deshonra a la humanidad. Sin embargo por esta constitución continuará veinte años". Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre este tema que dividía a los Estados del Norte y del Sur, hubo de soslayarse el tema para fecha posterior, en aras de lograr un consenso que permitiera la unión de las colonias. No fue sino hasta 1865 y 1868 con la firma de la decimotercera y decimocuarta enmiendas, como

1 Madison, Proclama al Pueblo de Nueva York. El Federalista X. Correo de Nueva York. 1787.

REVISTAS

resultado de la Guerra Civil, que la esclavitud fue abolida en todos los Estados de la Unión. El hecho de que haya sido necesaria una guerra fratricida para imponer un hecho, nos dice de la fuerza que tienen los Estados en la integración de la Federación y como los derechos y competencias están claramente delimitados en los textos legales fundamentales de Estados Unidos. En los asuntos fundamentales de la nación privó la regla de la unanimidad para llegar a los acuerdos. [12]

3.2. Declaración de derechos.

Los aspectos que no fueron comtemplados en el texto constitucional, fueron prontamente adoptados en la denominada Declaración de derechos que es un conjunto de diez enmiendas al texto constitucional, en las cuales los estadounidenses obtuvieron los derechos básicos entre los que se encuentran las peticiones al gobierno para que sean ratificados sus agravios, la protección contra cateo y secuestro, la libertad de reunión, el derecho a juicio por un jurado y justa compensación por la expropiación en bien público.[13]

3.3. Con el transcurso del tiempo, en vista de las realidades que impone el desarrollo y las nuevas condiciones sociales, económicas y políticas, el texto constitucional sufrió dieciseis enmiendas adicionales a la Declaración de derechos, las que tomaron en cuenta aspiraciones de los ciudadanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Siendo estas: en el año 1803 la encomienda que estableció la separación de los poderes; en 1804, decimosegunda enmienda estableció que se votará también para elegir al vicepresidente; en 1819 se fijaron las competencias entre el Congreso Federal y las autoridades y legislaturas estatales, y así sucesivamente se fue integrando el formidable sistema jurídico norteamericano que ha durado ya más de doscientos años y que ha permitido la constitución del primer país del mundo moderno, en cuanto a desarrollo humano, social, económico y político.

3.4. El aporte norteamericano.
La Constitución como limitación.

El principal aporte de Norteamérica al constitucionalismo es la conciencia colectiva de los ciudadanos de que la Constitución constituye el principal medio de defensa que tienen contra el abuso del poder y la arbitrariedad de los gobernantes. Es decir, la Constitución es el límite a los poderes constituídos. "La experiencia les había enseñado (a los ciudadanos) asimismo cómo una Constitución que define y separa los diferentes poderes limita necesariamente los poderes de cualquier autoridad."[14]

Los próceres tenían la conciencia y así lo plasmaron en las primeras diez enmiendas, (La Declaración de derechos), que una vez que los documentos constitucionales asignaran los poderes específicos a diferentes autoridades, inmediatamente tenía que limitarse esos poderes no sólo en cuanto a los fines perseguidos y los súbditos sometidos a la norma constitucional, sino también a los procedimientos y métodos que habían de utilizarse. En dicha forma "el concepto de Constitución llegó a enlazar íntimamente con el de gobierno representativo en el que los poderes del cuerpo de representantes estuvieran estrictamente circunscritos por el documento que lo determinase." [15]

La fórmula de que todo el poder deriva del pueblo se refería no tanto a la periódica elección de representantes, como al hecho de que el pueblo organizado en asambleas constituyentes tenía el derecho exclusivo de determinar los poderes de la legislatura representativa. La Constitución es la concebida entonces tanto como una protección del pueblo contra la acción arbitraria del legislativo como contra de las otras ramas del gobierno.

En el concepto de los próceres americanos, la Constitución que limita al gobierno de tal manera debe contener lo que en efecto son normas

12 "We the People... " Revista USIS.
13 IBIDEM.
14 FRIEDRICH HAYEK. Op. Cit. Pág. 291.
15 IBIDEM. Pág. 291.

nstitutivas propiamente dichas así como gulaciones del orígen de la autoridad, debe imismo establecer principios generales que biernen los actos de la legislatura nombrada. La ea de constitución envuelve en esta forma no lamente la jerarquía de autoridad o poder, sino mbién la de jerarquía de preceptos legales, desde uellos que poseen un alto grado de generalidad y rivan de un control superior de la autoridad, a las denanzas más particulares que proceden de una toridad delegada.[16]

mejor forma de concluir este aspecto tan portante es con la cita de John Stuart Mill, de 1861: ". El auténtico principio del gobierno constitucional quiere que se suponga que el poder político será tilizado abusivamente para promover los fines rticulares de quien lo detenta; no porque siempre sea así, sino porque tal es la tendencia natural de las cosas, para defenderse de lo cual están precisamente instituciones libres". [17]

Finalmente debe señalarse que la legislación norteamericana en los últimos años se ha apartado de los principios que sabiamente habían sentado los póceres y han sido grandemente influenciados por las teorías Keynesianas, derivando en un Estado benefactor, (Welfare) lo cual ha tenido un gran impacto negativo en el crecimiento económico y el desarrollo del país.

El Estado benefactor se dedicó, en los gobiernos demócratas, a subsidiar a ciertos sectores de la economía tales como la agricultura y la industria del automóvil amenazada ésta última por la industria automotriz japonesa. También ese Estado benefactor promovió sin limitación la ayuda a los desempleados y a las minorías (étnicas, madres solteras, ...) financiando los generosos programas de ayuda en muchos de los casos con el déficit fiscal. Hoy por hoy, el Estado norteamericano tiene la deuda pública más grande del mundo, los presupuestos son cada vez más deficitarios pues no hay recursos que alcancen para cumplir los enormes compromisos de carácter social adquiridos ante el electorado por los demócratas. Este déficit ha disminuído la confianza en el dólar como moneda internacional de intercambio comercial así como en los inversionistas y todo ello ha contribuído a una declinación general del crecimiento económico de ese gran país.

Los gobiernos Republicanos de los últimos años algo hicieron por corregir estas graves distorsiones de la economía norteamericana, pero no fue suficiente.

En la última elección, los votantes han dado un claro mandato de los Republicanos, dándoles una clara mayoría en ambas cámaras del Congreso. Habrá que ver que sucede en el futuro y asimismo, si los votantes colocan nuevamente a un Republicano en la Casa Blanca, en la próxima elección del año 1996, y si el pueblo norteamericano puede obligar a sus dirigentes políticos ha enderezar el rumbo por la senda que trazaron los próceres hace 200 años.

4. La Constitución política guatemalteca.

4.1. Conceptos generales.

En la concepción jurídica continental (francesa) que es la que ha influenciado las instituciones de Guatemala, puede definirse la Constitución como un acto político de constituir el Estado y organizarlo, fijando las funciones de sus organismos y los derechos y obligaciones de gobernantes y gobernados o bien como el texto legal escrito que recoge dicho ordenamiento y que es una norma superior que fija los marcos, que fija los objetivos y señala los métodos, por los que la nación debe alcanzar sus objetivos fijados en ese mismo texto.

Desde el punto de vista de la facilidad de reformar la norma fundamental, las constituciones pueden dividirse en rígidas y flexibles, según si su modificación puede hacerse relativamente fácil por el legislador o si su modificación es sumamente difícil, o bien en algunos casos o en algunos artículos o disposiciones imposible. Nuestra Constitución es un a norma escrita y tiene partes reformables y partes no reformables.[18]

16 IBIDEM. Pág. 292.
17 "Considerations on Representative Government" Citado por JAMES BUCHANAN. Op. Cit. Pág. 112.
18 HENRY CAPITANT. "Vocabulario Jurídico" Depalma. Buenos Aires. 8a. reimpresión a la 1a. Edición. 1986. Pág. 155.

REVISTAS

4.2. La constitución de 1985.

Para efectos del presente trabajo, nos referiremos únicamente a la constitución actualmente en vigencia y que fuera promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en septiembre de 1985.

El texto constitucional vigente, está dividido en una parte dogmática que es donde se establecen los principios, creencias y fundamentos de los derechos humanos tanto individuales como sociales, está comprendida en los artículos del uno al ciento treinta y nueve. La parte orgánica que establece la organización del Estado y sus organismos e instituciones, así como las limitaciones del poder público frente a la persona humana. Esta parte está comprendida en los artículos del ciento cuarenta al doscientos sesenta y dos y finalmente la parte práctica que es la que establece las garantías y los mecanismos para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución y para defender el orden jurídico constitucional. Esta parte está comprendida entre los artículos del doscientos sesenta y tres al doscientos ochenta y uno. [19]

Nuestra Constitución corresponde al modelo tradicional constitucionalista continental como ya expresamos, y es un listado utópico de aspiraciones sin ninguna posibilidad de cumplirse, en su formulación no se tuvo ni por asomo la noción de la Opción Pública y la Economía Constitucional de la que hemos venido hablando.

La norma fundamental fue redactada por un grupo de políticos votados por aproximadamente el treinta por ciento de la población con aptitud para votar y fue formulada por clásicos "buscadores de rentas" que incluyeron en su texto una gran cantidad de obligaciones del Estado para con los ciudadanos o mejor dicho con ciertos grupos de ciudadanos, lo cual hace de nuestro Estado, un clásico Estado benefactor.[20]

Al analizar las disposiciones constitucionales, nos encontramos con una serie de normas en las cuales en forma evidente se advierte que los políticos que redactaron nuestra última Constitución lo hicieron seguramente con la buena intención de que el Estado y quienes lo dirigen e integran realmente trabajarían por hacer efectivos todos los buenos deseos plasmados en el texto fundamental. Lo anterior si le damos el beneficio de la duda a dichos políticos, aunque lo más seguro es que la Constitución fue redactada por un grupo de "buscadores de rentas" que aseguraron para sí ciertos privilegios y ciertas condiciones que les permitieran ejercer un poder y un control político de la nación.

4.3. Los políticos buscadores de rentas.

La orientación "Leviatánica" de nuestra Constitución se advierte en todos los artículos que le integran y sería baldío hacer un estudio enjundioso sobre los mismos, pero solo a guisa de ejemplo analizaremos algunos de los artículos que ponen de manifiesto los criterios que prevalecieron al formularse nuestra ley fundamental.

El artículo 1o. constitucional reza: "Protección a la Persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común". Estamos de acuerdo en que el objeto y el sujeto de la organización política es el individuo, la persona, pero no estamos claros en lo que se entiende por "bien común". El bien común es el fin supremo del Estado guatemalteco. Esto es nada, puesto que el "bien común", es un concepto vago, impreciso, y seguramente hasta inexistente. El bien de los individuos, de las personas, no de los cuerpos colectivos que no pasan de ser una mera ficción. [21]

Al establecer que el fin supremo del Estado es el "bien común", se deja al gobernante la potestad discrecional de determinar que es el "bien común", y como consecuencia dirigir arbitrariamente los recursos y esfuerzos del Estado hacia ciertos fines no claramente establecidos en la constitución.

El artículo 43, reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que po

19 RAMIRO DE LEON CARPIO. Catecismo Constitucional. Instituto Atanasio tzul. 1995. Pág. 37.
20 JAMES BUCHANAN. Op. Cit. Pág. 105.
21 EDUARDO GARCIA MAYNEZ. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 44. Edición. México 1992. Pág. 178.

otivos sociales o de interés nacional impongan las yes. La última parte de dicho artículo viene a esvirtuar la libertad indicada porque se deja al bitrio del gobernante los casos en que puede limitar cha libertad, por "motivos sociales" o de "interés acional" conceptos vagos y ambiguos sin contenido ya interpretación y alcance puede dar lugar a la bitrariedad y abusos.

artículo 47 expresa que el Estado garantiza la otección social, económica y jurídica de la familia. Estado puede dar protección jurídica a la familia, icamente en ausencia de los padres, a quienes mpete la obligación natural de proteger a su familia. caso de orfandad o abandono, el Estado en su tividad subsidiaría deberá proteger onómicamente a la infancia. Esta norma además de r inconveniente porque crea obligaciones al Estado berando a los verdaderos responsables, no es más e una utopía al igual que muchas otras que se presan a lo largo del texto constitucional porque robado está que el Estado es incapaz por múltiples otivos de realizar esos fines que le encomienda la ey fundamental.

Estado benefactor también se manifiesta en el tículo 51, en donde se establece la protección a los enores de edad y a los ancianos, a quienes garantiza derecho a la alimentación, salud, educación, guridad y previsión social. Esto como ya lo vimos es más que buenas intenciones, ya que el Estado atemalteco jamás ha cumplido tales propósitos. El tado benefactor estimula la irresponsabilidad de la nte ya que todo individuo razonable debe en su dad productiva proveer para su jubilación o retiro. claro que habrá casos de niños y ancianos que querirán ayuda social, pero eso será la excepción ya e todo ciudadano responsable debe proveer para la apa improductiva de su vida.

el artículo 59 se establece que es obligación imordial del Estado proteger, fomentar y divulgar cultura nacional. Es difícil entender como el gislador constitucional, con conocimiento de que el tado no protege al individuo, ya que, ni siquiera ede administrar un sistema de salud ya existente e garantice la salud y la vida de las personas, menos ede estar en condiciones de proteger la cultura. En te aspecto más bien sería prudente privatizar el trimonio cultural para que los individuos con pacidad económica protejan al acervo cultural del país, ya que es obvio la absoluta incapacidad del Estado para hacerlo. De tal manera que tal artículo carece en lo absoluto de positividad.

El artículo 71 establece el derecho a la educación y se impone al Estado la obligación de proporcionar educación a los habitantes, liberando de tal obligación a los padres de familia, por lo menos en la teoría, ya que en la práctica la mala administración y la corrupción reinante en el sistema educativo nacional, hace totalmente ineficaz la norma aludida. Y así sucesivamente, la Constitución se entromete en la vida ciudadana arrogándose funciones que no le corresponden.

En donde el legislador constitucional se portó extremadamente generoso fue en el reparto de la renta nacional por medio del presupuesto nacional de ingresos y egresos de la nación. Se establecieron porcentajes fijos del presupuesto a favor de la Universidad de San Carlos, de la Confederación Deportiva Autónoma Guatemala, y de las municipalidades, estableciendo obligaciones del Estado para dichos entes burocráticos y corrompidos que dilapidan los escasos recursos del Estado creando fuentes de corrupción con consecuencias nefastas para el desarrollo económico del país. Sí bien es cierto que las actividades señaladas son de gran importancia para el país, resulta que el constituyente no tenía el derecho de constituir un gravamen permanente sobre la renta nacional, sino que deben ser los individuos que libremente mediante procesos democráticos ordinarios establezcan para cada período de tiempo determinado en que se deben invertir las rentas provenientes de los impuestos y de las bolsas de los ciudadanos, según sus particulares y temporales intereses y necesidades, y según las prioridades que presenten las necesidades sociales. En fin, sería algo baldío abundar en los rasgos característicos de nuestro texto constitucional, el cual como ya lo expresaremos dibuja al Estado guatemalteco como el clásico Estado benefactor o "Déspota benevolente". Resten los ejemplos para probar los hechos señalados.

4.4. Conclusiones.

De todo lo expuesto, debemos necesariamente concluir que carecemos de una Constitución justa, equilibrada, neutra, abstracta que permita a los individuos conseguir libremente sus fines y

propósitos que generalmente coinciden con los fines de todos los que integramos el cuerpo social y no un cuerpo legal en donde algunos grupos tienen garantizadas ciertas rentas y conforme el cual los buscadores de rentas pueden sin limitación obtener toda clase de privilegios en detrimento de la colectividad.

5. La reforma constitucional.

5.1. Momento histórico.

Al observar y analizar la situación de Guatemala, es evidente sin mucho esfuerzo establecer que el país padece una crisis política, económica y social, que se traduce en una grave problemática de pobreza, delincuencia, corrupción y falta de desarrollo económico y social. Esta problemática es en parte motivada por un sistema legal y económico obsoleto y anacrónico.

También debemos reconocer con objetividad que en nuestro país, el sistema económico y el pensamiento político de los dirigentes, camina en sentido contrario que las teorías modernas esbozadas en este trabajo y que seguramente sacarían al país de esta grave crisis por la que atraviesa.

Para poner algunos ejemplos, Guatemala ocupa el lugar sesenta y seis en la lista de los países más pobres del mundo, según informe del Banco Mundial.[22] Asimismo el presupuesto del año 1996, el gobierno lo financiará con bonos y préstamos, lo cual significa que los porcentajes que la Constitución le asigna al deporte, a la Universidad de San Carlos de Guatemala y a las Municipalidades será financiado con préstamos que deberán pagar las próximas generaciones. Que derecho tenemos de endeudar a nuestros hijos y a nuestros nietos. Estas tendencias de los políticos nacionales nos evidencian que aplican al pie de la letra las teorías del señor Keynes del presupuesto deficitario, teorías que están en contra del sentido común y la lógica más elemental.[23]

Nuestro Estado también está agobiado por una burocracia totalmente desproporcionada. El legislador constitucional creó una serie de entidades que constituyen en pesado lastre para el Estado y para el presupuesto y la renta nacional.

Ante tan pesimistas perspectivas basadas en una realidad negativa, sería prudente, necesario y sumamente conveniente que se promoviera la reforma constitucional que organizara nuestra nación con criterios distintos, conforme los cuales el Estado se aparte de aquellas actividades que sólo competen a los individuos, pues visto está que el Estado guatemalteco ha fracasado total y rotundamente en la consecución de sus fines.

5.2. Planteamientos de la URNG.

En estos momentos, el país está enfrascado en el tema de la negociación de la paz y debido a la enorme presión que los entes internacionales y los países "amigos" ejercen sobre Guatemala, se está llevando a cabo una negociación de dudosos beneficios para el país. La propuesta de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, (aunque las negociaciones son llevadas en secreto, a espaldas del pueblo y de los ciudadanos) pretende reformar la Constitución de la República para hacer al Estado aún más benefactor transfiriendo riquezas y rentas a grupos e individuos, limitando los derechos de los ciudadanos atentando contra los derechos de propiedad, sectorizando y "balcanizando" al país, dividiéndose en grupos rivales, (indígenas, ladinos, pobres, ricos, etc.) y en fin destruyendo las bases de nuestra nacionalidad con resultados totalmente impredecibles.

Es decir que los planteamientos de la URNG, pretenden que el país camine en el sentido contrario del curso de la historia que ha echado al basurero las teorías colectivistas y planificadoras sobre el Estado.

Sobre esta pretensión de reformas, cabe preguntar: ¿Qué legitimidad tienen un grupo de renegados para imponer por la fuerza y por el respaldo político internacional condiciones al pueblo de Guatemala?. ¿En qué elección el pueblo les delegó la facultad de decidir por todos?. Dichos grupos de antisociales

22 Diario Prensa Libre el día 18 de septiembre de 1995. Pág. 46.
23 Diario Prensa Libre el día 27 de septiembre de 1995. Pág. 78.

nte la ausencia de una mística y una justificación que csapareció por la fuerza de las realidades históricas, han dedicado a la delincuencia común, alterando la az y el orden social, destruyendo la exigua ifraestructura económica del país, extorsionando a ls empresarios y ciudadanos y en fin, atacando en da forma al cuerpo social. Es indudable que los tereses de estas bandas de fascinerosos, no son los tereses de millones de guatemaltecos que sufren las nsecuencias de sus actitudes antisociales. Es pues n error histórico muy grande, que esos grupos ecidan por la mayoría.

or tal motivo, el pueblo debería rechazar con vigor l actitud de los políticos nacionales de negociar el turo del país a espaldas del pueblo y con un grupo e renegados desfasados y sin ningún respaldo que lgitimice su lucha contra Guatemala y sus istituciones.

3. Aunque hemos admitido que lamentablemente el ís empujado por las circunstancias de la política olla y la política internacional se encamina hacia un icidio constitucional, tenemos la obligación de oinar y hacer conciencia que es indispensable y rgente, reformar nuestra carta constitucional, pero o en el sentido que pretenden los políticos bernantes y los subversivos, sino en el de formular n texto sencillo, claro, abstracto que impida la gociación ilícita de rentas, que elimine el Estado nefactor que transfiere riquezas y rentas, que limite poder discrecional de los gobernantes y que se retire la intervención económica que ha hecho tanto daño país. Que las normas constitucionales sean aquellas las que los ciudadanos alcancen el mayor consenso, legando para las comunidades o las unicipalidades por la vía de la descentralización, las cisiones que incumban a cada comunidad y a sus opios intereses y necesidades. Es indispensable es, aplicar la Opción Pública y la Economía nstitucional si queremos organizar un Estado que romueva y favorezca el desarrollo social y onómico de los individuos que lo integran.

4. El proceso electoral.

simismo, nuestro país se encuentra en pleno proceso ectoral. ¿Qué podemos esperar de dicho proceso ectoral?. La gran cantidad de candidatos a los estos públicos de elección popular, totalmente desproporcionada al tamaño del país y del electorado, hacen infinidad de ofrecimientos de mejoría, sin explicar como se mejorará la condición de la gente. Es de suponerse que será vía la ayuda social, transfiriendo riqueza de unos sectores a otros. Ningún candidato habla de planes de gobierno que tengan como meta estimular la inversión, y crear condiciones que permitan el desarrollo económico y el efecto multiplicador altamente positivo para los ciudadanos al mejorar la producción, la riqueza y consecuentemente el bienestar general.

Al escuchar el discurso político, debemos concluir necesariamente que se trata de simples "buscadores de renta", te ofrezco algo para que me des el voto y los beneficios que a los políticos les representa el acceso al poder. La actitud de los políticos que participan en este proceso electoral corresponde a la descripción que de ellos hacen Adam Smith y John Stuart Mill.

Realmente lo que podemos esperar de este proceso, es lejos de mejorar, empeorar la situación, sobre todo en estos tiempos de globalización, libres mercados internacionales y alta competitividad productiva entre los países.

6. Conclusiones

Con fundamento en todo lo expuesto y los hechos estudiados y analizados con seguridad podemos extraer las siguientes conclusiones:

6.1. La legislación guatemalteca constitucional diseñó un Estado benefactor que la opinión de los legisladores constitucionales realizaría el bien común, distribuiría la riqueza nacional y lograría el bienestar económico y social de todos los guatemaltecos.

6.2. La legislación constitucional guatemalteca, fue formulada por "buscadores de renta" que se garantizaron ciertas posiciones de poder y que son la causa de la corrupción y la mala administración. Por ejemplo, los diputados de la Democracia Cristiana instituyeron el derecho de huelga para los trabajadores del Estado. Estos mismos trabajadores, nada dijeron cuando el Gobierno del mismo partido político y Vinicio Cerezo, trasladaron los fondos del sistema de seguridad social que devengaban los intereses normales en los bancos del sistema, a la banca central mediante la adquisición de bonos y

documentos del Estado. Actualmente, los trabajadores no tienen ninguna garantía de que en el futuro el sistema les pueda cubrir sus pensiones por retiro. Sin embargo, los sindicatos guardaron un silencio cómplice ante este robo a los trabajadores. Esto fue un clásico intercambio de rentas entre grupos corrompidos en detrimento de millares de asalariados.

6.3. No hay en Guatemala ninguna perspectiva de variar la orientación de nuestra Constitución. Más bien por las negociaciones con la URNG, y el proceso electoral lo más probable es que la Constitución se reforme para volverla más hacia el Estado benefactor, para limitar más los derechos individuales de los ciudadanos como el derecho de la propiedad y para hacerla más Keynesiana, tratando de promover el bienestar de hoy con la pobreza del mañana, cuando nuestros descendientes tendrán que pagar los déficits de hoy.

6.4. La pobreza y el subdesarrollo de Guatemala, es en gran medida, achacable al sistema constitucional y a la forma de organización y funcionamiento del Estado guatemalteco. Guatemala es un país rico en recursos, natural y humano, de lo contrario no emigrarían los guatemaltecos a prosperar en Estados Unidos.

Finalmente, debemos señalar que con base en el análisis hecho y las conclusiones obtenidas podemos consignar que damos por probada la tesis que se planteó al inicio de este trabajo en el sentido de que el orden jurídico guatemalteco hace negatorio el desarrollo económico y social de nuestro país con el agregado de que una reorientación hacia el sistema de libertades es la única solución para resolver dicha problemática, como ya lo hicieron antes que nosotros, países en igualdad de condiciones que Guatemala, tales como Chile, Australia, Nueva Zelandia,Thailandia y Hong Kong. Esperamos haber contribuído en algo a orientar nuestro pensamiento hacia los ideales de libertad.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. **La Ley.** FREDERIC BASTIAT.

2. **La Libertad y La Ley.** BRUNO LEONI.

3. **El Milagro Económico: Mito o Realidad.** JUAN BENDFELDT.

4. **El Gobierno y La Inflación.** LUIS PAZOS.

5. **Derecho, Legislación y Libertad.** Volumen I y II. F. HAYEK

6. **No tenemos que seguir siendo pobres para siempre.** MANUEL AYAU.

7. Adam Smith, **El Hombre y sus Obras.** D.G. WEST

8. **El Orden de la Libertad.** F. HAYEK.

9. **La Fatal Arrogancia.** F. HAYEK.

10. **Sobre la Libertad.** Introducción y Selección de RIGOBERTO JUAREZ PAZ.

11. Literatura sobre **Public Choice y Economía Constitucional, estudiadas en los Seminarios del Doctorado en Leyes.**

12. Constitución de los Estados Unidos de América y Declaración de Derechos y las 16 Enmiendas.

13. Constitución Política de la República de Guatemala.

14. Diario Prensa Libre.

15. **El Cálculo del Consenso.** JAMES BUCHANAN GORDON TULLOCK.

Lic. Hector René López Sandoval
Abogado y Notario.
Septiembre, 1995

"El derecho de propiedad privada tiene validez en todo tiempo, en tanto se funda en la naturaleza misma de las cosas."
S.S. Juan XXIII

LA CONTRATACION MERCANTIL

ntroducción:

l tema puede ser abordado con diferentes enfoques ıetodológicos, un estudio de la contratación ıercantil podría consistir en el análisis de la egislación que sobre dicha materia tuviera vigencia n nuestro país, o estudiar los diferentes contratos que n materia mercantil se celebran en nuestro medio; en mbas situaciones estaríamos haciendo análisis jurídico descriptivo" de la materia que se investiga.

'ambién podríamos intentar hacer una revisión del esarrollo y evolución de la contratación mercantil, ya ea este desde sus inicios o el que ha tenido en nuestro 'aís, en tal caso estaríamos haciendo un análisis Histórico Jurídico" del tema; en el presente caso, uestra opción se inclina por enfocar el problema ırídico desde una perspectiva que no es xclusivamente legalista o dogmática, nos inclinamos or concebir el tema con una óptica amplia y real en onde pretendemos converjan factores económicos, ociales y políticos, influyendo y determinando las xpresiones normativas. El objeto de nuestra ıvestigación es el fenómeno jurídico social, o quizás oncretamente, el análisis de la realidad material que a nacimiento a la contratación mercantil.

)ebo confesar que bajo este trabajo subyace una idea, ue puede considerarse hipótesis, y consiste en la uposición que: para que exista contratación ıercantil es presupuesto indispensable la xistencia de una economía de mercado. Asimismo urgen algunas otras ideas que podrían considerarse omo sub hipótesis, siendo ellas las siguientes: que en a medida en que el estado se vuelve ntervencionista limita la contratación mercantil; ue la contratación mercantil no podría subsistir en na economía totalmente intervenida; y que las rabas al libre intercambio de bienes, sean estas irectas o indirectas, elevan los costos de ransacción, incluyendo la propia formalidad en los ontratos. Estos hechos impiden y restringen la libre ontratación mercantil en detrimento o desmedro del recimiento económico, jurídico y social de un país.

'retendo trabajar con un material que abarca fuentes urídicas indirectas o materiales, despejando el sendero de las ciencias, que algunas veces se llaman sociales y humanas, donde actúa el campo normativo estricto.

Algunas personas pudieran creer que el ejercicio deja de ser jurídico, pues la investigación podría concebirse como económica, social o de cualquier otra naturaleza; sin embargo, cabe recordar la teoría de la trilateralidad o tridimensionalidad del Derecho, según la cual este Derecho se compone de un elemento diquelógico, axiológico o valorativo; de otro normativo o de meras reglas; y el tercero, que unos autores le llaman el elemento sociológico del Derecho, que otros, con mayor tino denominan realismo o elemento material del Derecho, que no es más que tomar en cuenta esa realidad o universo material donde se dan las relaciones e interacciones entre individuos. Realidad que consiste no sólo en tomar deciones en cuenta el comportamiento de quienes se ocupan por el establecimiento, aplicación e imposición de las normas jurídicas, sino el comportamiento de los sometidos al Derecho; el comportamiento de aquellos sobre los que se encuentra la aplicación del Derechol; al igual que la realidad material sobre la cual el Derecho no puede influir sino simplemente debe tomar en consideración. Es sobre esta tercera dimensión del Derecho donde pretendemos poner énfasis.

Se dice que existe en el mundo tres tradiciones jurídicas importantes, siendo ellas: la tradición del Derecho Civil, la del Derecho Común o Anglosajón, y la del Derecho Socialista [1] La más antigua de ellas es la tradición jurídica de Derecho Civil,el cual nace alrededor de cuatrocientos años antes de Cristo, fecha de la supuesta publicación de las Doce Tablas en Roma; por su parte la tradición del Derecho Consuetudinario data del año 1066, cuando los romanos derrotaron en Hastings a los nativos y conquistaron Inglaterra. La tradición de Derecho Común Anglosajón con un poco más de novecientos añosn de vida; por su parte la tradición de derechos socialistas se originó en tiempos de la Revolución de Octubre y se encuentra aún parcialmente vigente en el Imperio Ruso, el cual esta sufriendo serias transformaciones. Podemos

Merryman, John Henry. La tradición Jurídica Romano-Económica. Fondo de Cultura Económica. México 1971. (pág. 13 - 21)

concebir, desde esta perspectiva, la posibilidad de que exista la contratación mercantil en cualquiera de las dos primeras tradiciones jurídicas mencionadas, es decir, dentro de lo que constituye la tradición jurídica romano-canónica o civilista, que caracteriza el medio donde nos desarrollamos, o dentro de la tradición del Derecho Común Anglosajón donde ha tenido su mayor explendor, auge, evolución y en la cual se ha hecho mas técnica, desde el punto de vista jurídico y económico de la contratación mercantil.

Según el abogado y economista Ludwig Von Mises, sólo existen dos diferentes formas de cooperación social: la cooperación en virtud de contrato o voluntaria coordinación; y la cooperación en virtud de mandato y subordinación, es decir, hegemónica.

"La cooperación basada en las relaciones contractuales, supone simétrica postura de las partes intervinientes. Los contratantes, en todo negocio libre de cambio interpersonal son mutuamente iguales. (Juan esta con respecto a Tomás en la misma posición que Tomás con respecto a Juan). Por el contrario, cuando la cooperación se basa en mando y en subordinación, aparece uno que ordena, mientras otro obedece, la relación es, entonces asimétrica o hegemónica. Existe un dirigente frente a otro u otros a quienes aquel tutela, sólo el director opta y dirige; los demás cual menores devienen meros instrumentos de acción en manos del jerarca. Este es el vínculo hegemónico, siendo el anterior el vínculo contractual en la cooperación social. El vínculo hegemónico se diferencia del contractual en el grado que la voluntad del individuo puede influenciar el curso de los acontecimientos. En el marco de una sociedad contractual los individuos intercambian entre sí cantidades específicas de bienes y servicios de definida calidad. Al optar por la sumisión bajo una organización hegemónica, el hombre ni recibe ni da nada concreto y definido. Se integra dentro de un sistema en el que ha de rendir servicios indeterminados, recibiendo a cambio aquello que el director tenga a bien asignarle. Hállase a merced del jefe, sólo este escoge libremente, carece de trascendencia, por lo que a la estructura del sistema se refiere, que el jerarca sea un individuo o un grupo o un directorio; que se trate de un tirano demensial y egoísta o de benévolo y paternal moral monarca.

Esas dos formas de cooperación reaparecen en todas las teorías sociales. Ferguson las percibía al contrastar las naciones belicosas con las de espíritu comercial".[2]

De tal suerte que en un país donde el vínculo de cooperación social sea de carácter hegemónico, en otras palabras en virtud de mando y subordinación obviamente no pueden prosperar los vínculos contractuales ya que son opuestos a la naturaleza misma de dicho sistema. En cambio, en las otras dos tradiciones jurídicas ya mencionadas, Civil y del Derecho Anglosajón, la cooperación social opera en virtud de contrato e involuntaria coordinación. El primer problema es que en Guatemala, por ser un país de tradición jurídica romano canónica o civilista[3] tenemos una concepción restringida "de contrato" debido a una mala concepción del Derecho Romano donde tiene origen nuestro sistema jurídico. No entendemos por contrato el simple acuerdo de voluntades por medio del cual se opera el intercambio de cosas, sino entendemos por contrato la formalidad que le va a dar validez a las obligaciones que se deriven de un pacto o acuerdo de voluntades diferencia que aunque pareciera sutil, tiene enormes consecuencias. Recordemos que, según la regla antigua que dominaba en época de Justiniano, el simple acuerdo de voluntades, el simple pacto, no bastaba para crear una obligación civil; que el Derecho Civil no reconocía este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas formalidades, cuya venta era dar más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes y disminuir los pleitos encerrando los límites precisos a la manifestación de voluntad. Estas formalidades, en un principio consistían en palabras solemnes que se debían entre las partes para formular su acuerdo o en menciones escritas.[4] Estas formalidades fueron trasladadas a nuestro medio en los denominados contratos reales, cuya existencia deriva no del simple acuerdo de voluntades, sino de ciertas formalidades que usualmente consisten en la existencia de un

2 Von Mises, Ludwig. "La Acción Humana" Unión Editorial Madrid. (1980) (Pág. 303).
3 Tómese nota que tradición civilista se refiere con exclusividad al Derecho Civil, si no es una forma usual de referirse al Derecho codificado de influencia napoleónica.
4 Petit, Eugene. Derecho Romano Editorial Porrúa, S. A. México 1944. (Pág. 317).

ocumento elaborado y autorizado por un Notario o scribano, la presencia de testigos, fórmulas ıcramentales escritas tales como: las existentes en ›s contratos societarios u otras que exigen las leyes uatemaltecas, los registros e inscripciones de dichos cuerdos o convenios que se convierten ıdebidamente en permanentes órganos ›ntroladores de la actividad notarial, formalidades ı las cuales la simple convención o acuerdo de las artes se encuentra imposibilitada de surtir efectos, de ear obligaciones entre las partes. No obstante, se ha chado por superar esa barrera en nuestro medio, en práctica, resulta una verdad innegable.

l vínculo contractual a que nos referimos en este abajo es el simple intercambio voluntario de bienes servicios, intercambio que está íntimamente ınculado con el concepto de propiedad privada. Es ste libre intercambio de bienes y servicios el que da rigen al mercado; el cual no es invención de nadie no resultado de la evolución del hombre, producto e la propia civilización. En otras palabras, mercado aplica necesariamente la contratación, por lo que al ablar de contratación mercantil nos estamos firiendo a la esencia mismdel Derecho Mercantil. n la propia Roma, a la par del Derecho Civil que era erecho aplicable únicamente a los ciudadanos ›manos, el *"pretor peregrinus"* empezó a aplicar ısticia en base al *"Ius gentium"* derecho de gentes, o ›mún, que era el derecho de todas las personas no ıudadanos romanos. El *"ius gentium"* se desenvolvía ›n características implícitas de justicia sin ›rmalismos, ni sujeto a los privilegios que la ley torgaba a los ciudadanos romanos; este derecho era ás práctico, y se caracterizaba por dar justicia pronta ıcumplida.

uando el pretor desde su curul, resolvía las más ›munes y visuales controversias en los días festivos, aba origen al Derecho Mercantil. "El Derecho lercantil, tuvo su desarrollo más importante en Italia ı tiempos de las Cruzadas. Pues con la primera ruzada en 1096 se fracturó el bloqueo del ıediterráneo, reanudándose la actividad ›mercial".[5]

Cuando el comercio europeo reconquistó la supremacía del área mediterránea, los mercaderes italianos formaron asociaciones y establecieron reglamentos para negociar de los asuntos mercantiles. Las ciudades italianas del medievo se convirtieron en centros comerciales y las leyes que se desarrollaron en esas ciudades, principalmente Amolfi, Génova, Pisa y Venecia ejercieron gran influencia en el desarrollo del Derecho Mercantil. Al contrario del Derecho Civil y del Derecho Canónico, que eran asuntos de letrados y eruditos, el Derecho mercantil era la creación de hombres prácticos interesados en el comercio. La interpretación y la aplicación del Derecho Mercantil se llevaban a cabo en tribunales mercantiles donde los jueces eran mercaderes. Las necesidades eran las fuentes principales de aquel derecho, la libre contratación, o el propio acuerdo de voluntades, no la recopilación de justiniano o de los canonistas.[6]

Nuestra visión de la contratación mercantil

Naturalmente en los países de tradición civilista tenemos una visión positivista de la contratación mercantil y en ese sentido, siguiendo nuestra tradición de racionalismo exacerbado proviniente de la ilustración y revolución francesa y profundamente influenciados por Hans Kelsen a través de su obra "La Teoría Pura del Derecho", tendemos a considerar que la única y verdadera fuente de las obligaciones mercantiles es la ley, y que si bien el contrato es fuente de obligaciones, es porque existe una ley que así lo establece.

Cuando hablamos de contrato mercantil no le damos importancia a la palabra mercantil, pues creemos, como lo hace nuestro principal mentor en esa materia el ilustre Doctor Joaquín Garrigues [7] que la cuestión no está en el sustantivo "mercantil", sino en el "contrato", y en ese sentido partimos del concepto de contrato acuñado en el Derecho Civil, y de la definición que de él nos de la ley.

Manzorati, Osvaldo. Derecho de los Negocios Internacionales. (Pág. 3).
Merryman, John Henry. La Tradición Jurídica Romano-Canónica (Pág. 32, 33 y 34.)
Garrigues, Joaquín "Curso de Derecho Mercantil." Tomo II (Pág. 12) Aguirre España 1976.

El mismo jurista afirma que no es fácil justificar, desde el punto de vista legislativo, la distinción entre contrato civil y contrato mercantil. En fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el problema de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Es usual el criterio de clasificación automática, el que clasifica de mercantiles los contratos cuando están contenidos en el Código de Comercio. Este método resulta inoperante e insuficiente (contratos atípicos quedan excluidos), por ello se pretende definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, y así diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes y por ello la realidad económica del contrato mercantil subsiste aún en aquellos ordenamientos legislativos, como lo es el italiano, donde ha desaparecido el código de Comercio como Código independiente.

Señala el Doctor Garrigues que hay que distinguir como problemas distintos, de un lado, el problema técnico jurídico de los requisitos legales que convierten a un contrato en contrato mercantil, y de otro, las características que en la realidad del tráfico distinguen a los contratos mercantiles y determinan su especial regulación jurídica.[8]

Nuestro Código de Comercio en su libro IV titulado Obligaciones y Contratos Mercantiles, no asume ningún criterio de clasificación y entra de lleno sobre los principios filosóficos que deben tomarse en cuenta para interpretar las obligaciones y los contratos mercantiles, así el artículo 669 estipula:

"(Principios filosóficos). Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales."

El contenido del artículo es muy hermoso, pero *contrario sensu*, ¿podríamos interpretar acaso que los contratos no mercantiles no participan de la verdad sabida y buena fé guardada? o que ¿en los contratos civiles, o de cualquier otra naturaleza no mercantil, no es menester conservar y proteger las rectas y buenas intenciones y deseos de los contratantes? o que ¿resulta posible y permitido limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales?

Creo que mi respuesta a esas interrogantes quedara aclarada adelante. Lo importante es haber establecido que en dicha norma no podemos hallar ningún criterio de clasificación del contrato mercantil y tampoco su naturaleza jurídica.

Si pretendiéramos clasificar los contratos mercantiles como aquéllos a los que se les aplica el Código de Comercio, encontramos que el criterio de aplicación es amplio y ambiguo, pues el artículo 1o. de dicho cuerpo de leyes habla de "Los comerciantes en su actividad profesional", "los negocios jurídicos mercantiles" y "las cosas mercantiles". Por si fuera poco, el artículo 5o. se refiere a que si el negocio es mixto, es decir entre comerciantes y no comerciantes, se aplica el código. No es apropiado dicho criterio de clasificación porque entraríamos en un circulo vicioso y no se puede definir con la palabra definida.

El código resulta práctico y acertado, pero no resuelve nuestra inquietud científica de establecer la verdadera naturaleza del "contrato mercantil", y sin criterio de clasificación, valga decir, ¿cómo haremos para diferenciarlo del resto de contratos?

Considero que el adjetivo es *quid* del asunto, pues contratos son todos, es el "mercantil" el que hace la diferencia y en el que debemos buscar su naturaleza y criterio de clasificación, lo que nos lleva a revisar el concepto de Derecho Mercantil, y así tenemos que ha sufrido modificaciones en la historia que podemos dividir en:

a) Una primera etapa, caracterizada por el dominio de una concepción subjetiva del derecho comercial donde este era el derecho de los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional, y que se extendió desde la Edad Media hasta la Revolución Francesa.

b) Una segunda, que se manifiesta en el período comprendido entre la sanción del Código Francés de

8 Garrigues, Joaquín. Op. Cit. Tomo II. (Pág. 13).

07 y los comienzos del Siglo XX, caracterizada por predominio de una concepción objetiva, como sciplinaria de los actos de comercio. Actos en sa-empresa.

Una tercera, aún subsistente, que retoma una ncepción predominantemente subjetiva, en la cual se concibe acto de comercio que no sea realizado r el comerciante, y donde la institución de la presa desempeña un papel preponderante en el fico mercantil. [9]

En este sentido vale la pena resaltar el novedoso cepto de Derecho Mercantil centroamericano que sarrolló, en Honduras, el Comité de Derecho rcantil del Instituto Centroamericano de Derecho la Integración, definiéndolo como: "aquel derecho e rige el tráfico masivo de bienes y servicios en el rcado centroamericano, sirviendo de marco para erpretar y aplicar, a nivel del área, las distintas rmas que regulan a los que intervienen en el nercio regional, así como las relaciones que entre os se establezcan, como son entre otros: el derecho cietario, titulos valores, propiedad industrial, igaciones y contratos, estatutos de comerciante, nsporte, banca, seguros, régimen de quiebra y echos del consumidor."[10]

e último concepto de Derecho Mercantil, aunque inamente localista y por ende no universal o no ntífico *stricto sensu,* ya incorpora un elemento portantísimo y muy olvidado en esta materia, mento por cuya carencia falla el criterio subjetivo, s "El Consumidor", la contraparte en la gran yoría de contratos o negocios, sobre él volveremos s adelante.

Pdemos observar que el concepto de Derecho rcantil, es incompleto, y de allí que el de la tratación mercantil también lo sea. En ese sentido criterio de clasificación y la naturaleza de la tratación mercantil se irán aclarando en cuanto se e el concepto de Derecho Mercantil, y creo percibir cia adonde apunta. Nuestra visión de la tratación mercantil es incompleta, inacabada y eta a analizar lo que ya sucedió, sin posibilidad alguna de hacer predicciones, es una visión civilista, que nos impide tener una panorámica global de lo que sucede frente a nosotros, una visión que nos impide entender una relación comercial, una visión que ve al consumidor como víctima del empresario y sujeto de protección, que nunca alcanza a ver al consumidor como parte en la contratación mercantil. Una visión que impide se creen figuras nuevas en la contratación, que es lerda y perezosa en la segundona tarea de copiar y adaptarse a la incesante creatividad en las formas contractuales en el comercio internacional y de otros países más desarrollados; una visión que grava con tan altos costos de transacción a nuestros empresarios que destruye cualquier posibilidad de creatividad, y que obliga al empresario a canalizar grandes esfuerzos en luchar contra un sistema que limita su capacidad de contratación y por ende su capacidad de generar riqueza.

El objetivo "mercantil", que diferencia la "contratación mercantil" a cualquier otra, lo definidos en contraposición de la "Contratación Civil", de donde no hemos podido salir. Aún estamos atados, no al derecho romano, sino a la codificación de justiniano y a la apología que de ella se hizo con el Código de Napoleón.

Si bien el adjetivo "mercantil" alguna referencia nos hace al mercado, se rechaza la idea de hacer un estudio de él, y lo percibimos *ex-ante* como una actividad propia de comerciantes, lo percibimos como aplicable a una clase social, lo percibimos de manera restringida y de ahí la exclusión del consumidor, de ese juego de lucro incesante, malévolo, inmundo e inmoral llamado mercado; percibimos al mercado como se concebía hace siglos en otros países, y como nos vendió la idea el Socialismo, ya marxista-leninista o de cualquier tipo, a cuya descarga ideológica estuvimos expuestos durante todos estos años de la Guerra Fría, que por cierto en nuestros países no lo fue tanto y cuyos rescoldos aún laceran nuestras entrañas.

Si queremos entender la contratación mercantil, debemos entender qué es el mercado, ¿cómo se concibe hoy día?, ¿qué papel juega en la sociedad o qué papel juega el hombre en el? No podemos

9 Marzorati, Osvaldo J. Derecho de los Negocios Internacionales. Edit. Astrea Argentina. 1993. (Pág. 1).
10 Revista del Colegio de Abogados. número 39.

entender la contratación mercantil con un criterio restringido, restrictivo o anacrónico de lo que significa el mercado, debemos entenderlo como el desenvolvimiento normal del individuo en la sociedad abierta.

El mercado y la contratación

From time to time it is probably necessary to detach on self from the technicalities of the argument and to ask quite naively what is all about.

F.A. Hayek, Economics & Knowledge.[11]

El mercado, institución que caracteriza al Capitalismo, expresa una relación de comprador y vendedor (contrato). Es, en efecto, lo que resulta cuando la libre elección se aplica a la disposición de la propiedad, mezclándola con el trabajo. Las comparaciones que posibilita el mercado conducen a la creación del valor, que es un compromiso de juicios individuales. El vendedor busca recuperar el trabajo y energía que ha invertido, además de una ganancia; el comprador desea ahorrarse trabajo y energía realizando un intercambio. Dos subjetividades se encuentran en un precio objetivo.[12]

En el mercado no se hace distinguir de comerciantes ni no comerciantes, en él hay individuos, todos los individuos de una sociedad, seres humanos, que como nosotros, al salir de nuestras pequeñas sociedades cerradas o tribales y afectivas (respectivas familias donde impera la justicia distributiva) hacia la sociedad abierta, lo hacemos siempre con la intención de intercambiar bienes y servicios, lo hacemos con el innegable propósito de obtener medios.

"El mercado representa un sistema de libre consecución de satisfactores, en contra-posición a otros sistemas donde es una tercera persona la que nos asigna los mismos".

Técnicamente podemos decir que es el sistema de la división del trabajo y la propiedad privada de los medios de producción. En que cada uno actúa para s mismo; pero las acciones de todos persiguen l satisfacción de las necesidades de los demás, tant como la satisfacción de la propia. Al actuar todo sirven a sus conciudadanos. Todos son fines y medio a la vez, un fin último para uno mismo y un medi para los demás, en su esfuerzo por alcanzar su propias finalidades.

El mercado dirige las actividades del individuo haci aquellas formas en las cuales él sirve mejor los deseo de su prójimo. En el financiamiento del mercado n hay compulsión ni coerción. El Estado, que es instrumento social de coerción y compulsión, no deb interferir en el mercado ni en las actividades de lo ciudadanos que son guiados por el mercado. E mercado no es un lugar, ni una cosa, ni un ent colectivo. El mercado es un proceso que lo mueve las acciones de los diferentes individuos que coopera en el sistema de la división del trabajo.[13]

Siendo que el mercado es una forma de cooperació social, caracterizada por el libre intercambio de bien y servicios; resulta requisito indispensable tautológico la contratación (entendida en el sentid amplio ya explicado), pues es el único vehículo vínculo por el cual se puede operar ese referid intercambio de bienes y servicios que da vida y orige al mercado.

La "contratación mercantil", desde esta perspectiv es la que permite la existencia del mercado com medio de la cooperación social. Es la máxima y m común expresión de libertad de un hombre ya que el vehículo por el cual, conforme sus posibilidades, individuo expresa sus preferencias y le posibilita escogencia. Es el medio por el que expresa autonomía como contrapartida a cualqui imposición de una dictadura, sea esta de un individ o del pueblo.

Bajo esta visión, la contratación mercantil incluye su concepto un comprador y un vendedor, locatario y un inquilino, un asegurador y asegurado, un transportista y un fletador, e

11 Road to Freedom. London 1969.
12 Chamberlain, John. "Las Raíces del Capitalismo" Unión Editorial, S.A. Madrid. 1976. (Pág. 41).
13 Von Mises, Ludwig. "La Acción Humana" Unión Editorial, S.A. España 1980. (Pág. 397)

ntiende que nadie es sólo productor o intermediario, a que la naturaleza nos impone a todos los seres umanos ser consumidores, y de la misma forma mbién nos impone dar un bien o servicio para btener en un intercambio los satisfactores a nuestras ecesidades. Esta visión entiende a mercado como un roceso completo, y el Derecho Mercantil como todo quel conjunto de reglas generales y negativas que bliga a las personas a que obedezcan con el fin de vitar las acciones que puedan destruir la economía e mercado o impedir su funcionamiento normal, que rotege especialmente la propiedad de los individuos facilita el correcto y fluido intercambio de bienes y rvicios, en la esfera de la actuación humana que no tá limitada más que por imperativos jurídicos que sociedad, a través de sus leyes en áreas específicas, conoce que importan valores superiores a la utonomía de la voluntad.

sta traspolación, salida de nuestra tradición civilista, nlleva la aceptación de la realidad en que nos esenvolvemos, implica lograr armonía con nuestro ctual ambiente, no socialista ni transpersonalista, no de mercado (incipiente e intervenido, pero de ercado), armonía que permitiría un verdadero esarrollo y avance en esta rama del Derecho.

ajo esta tesitura, la contratación mercantil adquiere n concepto acabado y se evita su estigma de hijo del erecho Civil, o subproducto de este, dentro del cual unca se encontrará una justificación lógica, sino sólo istórica.

uestro particular punto de vista es compartido por utores de vasta trayectoria jurídica, aunque con iferentes motivos, tal es el caso del Doctor Manuel roseta Pont quien expresa:

De todo lo cual se infiere no sólo que ha decaído la oncepción predominantemente contractualista del erecho Mercantil, sino además, que deberá esaparecer de nuestro ordenamiento positivo el oble régimen civil y mercantil de las obligaciones y e los contratos, para ser sustituido por un único gimen jurídico que fuera aplicable a todos ellos, ntegrado por las tradicionales especialidades ercantiles, así "generalizadas" como consecuencia de la denominada "progresiva comercialización de las clases sociales".[14]

Vemos la percepción del derrotero del Derecho Mercantil, y es que nada puede escapar al ambiente, lo que obliga a realizar todas las consideraciones en función suya.

Es el momento que desarraiguemos la teoría de las obligaciones y contratos del Derecho Civil y respondamos a las exigencias de la cooperación humana, a través del mercado y la libre competencia; que el Derecho Civil nos sirva como la escuela y no como limitante. El esfuerzo de distinguir contratos mercantiles de sus homónimos civiles se resume en considerar a los primeros como un eslabón en el tráfico económico profesional cuyas singularidades se deben a especiales exigencias que en este concurren. Especiales existencias no reguladas satisfactoriamente por las normas civiles ya que el Derecho Mercantil es eminentemente especulativo y de ritmo rápido, en el que las relaciones contractuales y obligatorias se contraen, cumplen y consuman con una rapidez y con un vigor en su ejecución desconocidos para los contratos y las obligaciones civiles, ya que el Derecho Civil patrimonial codificado es de base esencialmente agraria y de "tiempo lento".[15]

Como ya analizamos con anterioridad, estas distinciones no son válidas ni aceptables, pues no es cierto que el Derecho Civil sea esencialmente de base agraria y tampoco por el hecho de que en la práctica sea de "tiempo lento" podemos aceptar que así deba serlo, que tal deplorable circunstancia sea la que lo caracterice. Por otro lado, nadie podía sostener validamente que el Derecho Civil patrimonial no sea algunas veces especulativo; y menos que no debiera ser de ritmo rápido, ni que su comunicación debiera realizarse con vigor. No obstante, lo cierto es que esta regulación paralela de los mismos contratos se ha convertido en un tanto arbitraria, diferente para cada país y, consecuencia de ello, existe una tendencia a la suscripción de acuerdos internacionales para unificar los usos y costumbres que en muchos casos difieren de los domésticos.

Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1983. (Pág. 361-362)
Idem. (Pág 360).

Sólo el entendimiento de la conducta humana en la sociedad y consecuentemente de las bases o fundamentos de la cooperación social, del libre mercado o libre competencia nos permitirá hacer un análisis conclusivo de la contratación mercantil, siendo imperativo que los juristas incursionemos en terrenos que erróneamente hemos considerado ajenos, tales como la praxeología y la economía.[16]

Es menester recordar que la afirmación anterior no equivale a reducir el Derecho al análisis de tales factores, pues como lo afirma el contexto de la tridimensionalidad del Derecho, y en tal sentido el conocimiento de los elementos sugeridos (realidad), constituye el presupuesto necesario para incorporarle el análisis meramente normativo y el dikelógico o valorativo.

La propiedad y la libertad de contratar

Nos equivocamos si en el pasado consideramos al hombre como individuo que se apropia de y cultiva las tierras primigenias, o como pastor individual de cabras, ovejas o ganado bovino. La verdad es que el mundo antiguo poco conocía de individuos, cosa que empezaron a descubrir los antropólogos del siglo XIX. La idea romántica de Blacstone de un hombre que deseamos a la sombra de un árbol tomando así posesión del lugar no cuadra con el hecho demostrado de que el individualismo no pertenece a los inicios de la raza, sino a su edad madura. La apropiación originaria de tierra y animales no la realizaron los individuos aislados, sino familias o una versión ampliada de la familia: la gens, tribu o clan.

Henry Maine establece el origen de la propiedad como patrimonio comunal o corporativo, sin embargo, ello no defiende el Comunismo, y se recurre al tema dominante. La ley de las personas (individuos) es superior a la ley de la tribu, aún cuando se presenta tardíamente en la evolución legal. Esto se resume en la famosa frase: "Podemos afirmar que hasta hoy el movimiento de las sociedades progresivas ha sido un movimiento del STATUS al CONTRATO". Como demuestra Maine, la originaria "Ley de apropiación" y "Mezda del trabajo" con la tierra, fue realizada por una corporación -la unidad familiar- que es muy similar a la corporación moderna, asociación voluntaria de individuos que aceptan las reglas comunitarias.

La contribución duradera de Sir Henry Maine radica en su elucidación del surgimiento del derecho contractual.[17] Es la idea de contrato la que posibilita un Capitalismo maduro y un largo encrinto de energía productiva. Puede haber mercados sin contratos pero resulta obvio que si cada transacción o intercambio de trabajo remunerado tuviera que cumplirse de inmediato sería muy difícil planificar la producción hacia el futuro, y habría muy pocos tratos indirectos en las relaciones económicas. Es la idea de contrato la que agrega sutileza a la vida económica. "En el principio fue la palabra".

Si el individuo no pudiera realizar contratos para disponer de su trabajo y de su propiedad de un mundo complejo, difícilmente podría considerarse libre. En el contexto moderno, por supuesto, los contratos son respaldados por el Estado, es esta seguridad, lo mismo que la simple confianza en la honestidad y el amor propio del hombre común, la que permite la realización de miles de transacciones inconclusas en cada hora hábil de cada día.

En un inicio el hombre cumplía sus promesas porque los ojos de los dioses estaban sobre él, los contratos romanos requerían de alguna forma de solemnización, el contrato otorgaba al individuo la dignidad de la madurez, trataba al hombre como dueño de la facultad de tomar decisiones en su propio beneficio.

Cuando el mundo empezó a funcionar sobre la base de contratos, y no de status, el hombre pudo hacer tratos en su propio nombre, sin tener que pedir permiso al patriarca, al sacerdote o al jefe de la aldea

16 Estudia los fundamentos y motivaciones de la acción humana, La Catalácica que es la economía no planificable sino tanto de la libre interacción de los hombres en el mercado.

17 Sir Henry Summer Maine, obra Ancient Law -citado por John Chamberlain- Opus Cit. (Pág. 77).

iende que nadie es sólo productor o intermediario, que la naturaleza nos impone a todos los seres manos ser consumidores, y de la misma forma bién nos impone dar un bien o servicio para ener en un intercambio los satisfactores a nuestras esidades. Esta visión entiende a mercado como un ceso completo, y el Derecho Mercantil como todo el conjunto de reglas generales y negativas que iga a las personas a que obedezcan con el fin de ar las acciones que puedan destruir la economía mercado o impedir su funcionamiento normal, que tege especialmente la propiedad de los individuos cilita el correcto y fluido intercambio de bienes y icios, en la esfera de la actuación humana que no limitada más que por imperativos jurídicos que ociedad, a través de sus leyes en áreas específicas, onoce que importan valores superiores a la onomía de la voluntad.

traspolación, salida de nuestra tradición civilista, lleva la aceptación de la realidad en que nos envolvemos, implica lograr armonía con nuestro al ambiente, no socialista ni transpersonalista, de mercado (incipiente e intervenido, pero de cado), armonía que permitiría un verdadero arrollo y avance en esta rama del Derecho.

esta tesitura, la contratación mercantil adquiere concepto acabado y se evita su estigma de hijo del echo Civil, o subproducto de este, dentro del cual ca se encontrará una justificación lógica, sino sólo órica.

estro particular punto de vista es compartido por tores de vasta trayectoria jurídica, aunque con rentes motivos, tal es el caso del Doctor Manuel seta Pont quien expresa:

: todo lo cual se infiere no sólo que ha decaído la cepción predominantemente contractualista del echo Mercantil, sino además, que deberá aparecer de nuestro ordenamiento positivo el le régimen civil y mercantil de las obligaciones y los contratos, para ser sustituido por un único imen jurídico que fuera aplicable a todos ellos, grado por las tradicionales especialidades cantiles, así "generalizadas" como consecuencia de la denominada "progresiva comercialización de las clases sociales".[14]

Vemos la percepción del derrotero del Derecho Mercantil, y es que nada puede escapar al ambiente, lo que obliga a realizar todas las consideraciones en función suya.

Es el momento que desarraiguemos la teoría de las obligaciones y contratos del Derecho Civil y respondamos a las exigencias de la cooperación humana, a través del mercado y la libre competencia; que el Derecho Civil nos sirva como la escuela y no como limitante. El esfuerzo de distinguir contratos mercantiles de sus homónimos civiles se resume en considerar a los primeros como un eslabón en el tráfico económico profesional cuyas singularidades se deben a especiales exigencias que en este concurren. Especiales existencias no reguladas satisfactoriamente por las normas civiles ya que el Derecho Mercantil es eminentemente especulativo y de ritmo rápido, en el que las relaciones contractuales y obligatorias se contraen, cumplen y consuman con una rapidez y con un vigor en su ejecución desconocidos para los contratos y las obligaciones civiles, ya que el Derecho Civil patrimonial codificado es de base esencialmente agraria y de "tiempo lento".[15]

Como ya analizamos con anterioridad, estas distinciones no son válidas ni aceptables, pues no es cierto que el Derecho Civil sea esencialmente de base agraria y tampoco por el hecho de que en la práctica sea de "tiempo lento" podemos aceptar que así deba serlo, que tal deplorable circunstancia sea la que lo caracterice. Por otro lado, nadie podía sostener validamente que el Derecho Civil patrimonial no sea algunas veces especulativo; y menos que no debiera ser de ritmo rápido, ni que su comunicación debiera realizarse con vigor. No obstante, lo cierto es que esta regulación paralela de los mismos contratos se ha convertido en un tanto arbitraria, diferente para cada país y, consecuencia de ello, existe una tendencia a la suscripción de acuerdos internacionales para unificar los usos y costumbres que en muchos casos difieren de los domésticos.

4 Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1983. (Pág. 361-362)
5 Idem. (Pág 360).

que de invalidado por no llenar la forma, requisitos legales y a veces extra legales exigidos por la "técnica" de nuestro notariado (en especial por algunos funcionarios que creen ser poseedores de la más refinada e inequívoca técnica, y que rechazan, atrasan o vedan la inscripción, registro u operación de cualquier documento que a su criterio no cumpla con ella)..

Tales exigencias constituyen la interferencia del Estado en la contratación mercantil. Siendo la naturaleza del mercado la libre concurrencia, evolutiva y no planificada, cualquier direccionamiento que se pretenda darle sólo constituiría una interferencia negativa; este acierto ha quedado plenamente demostrado por la economía y considero necesario y fuera del tema adentrarme en él, pues es uno de los presupuestos sobre los que se realiza este trabajo. De tal manera, que el único medio de promover el desarrollo de la contratación mercantil por el Estado, no es la creación por vía de ley de complejas formulas contractuales, sino creando el ambiente propicio para que los individuos se ingenien dichas formas contractuales acorde a sus necesidades, y ello se logra con normas generales que promueven el libre intercambio, una competencia justa y se disminuya en lo posible los costos de transacción.

Es deber de todo jurista evitar que el derecho (La Ley) se transforme en obstáculo al desarrollo de la relación económica, que la ley no se convierta en obstáculo a la libertad de contratar.

El estado y la contratación mercantil

En líneas anteriores ya hemos empezado a definir el papel del Estado en la contratación mercantil, y ello tiene una importancia fundamental, pues la fuerte corriente política del Estado Benefactor (Welfare State) hizo que incluso se reduciera el campo del Derecho Mercantil; tal es el caso de Hugo Rangel Couto, quien sugirió que el Derecho Mercantil es un derecho de clase, y que por ello abre espacio al "Derecho Económico" que:

"El Derecho ha cambiado para adoptarse a las nueva relaciones existentes entre los diversos actore públicos y privados de la vida económica y social. La normas que rigen estar nuevas relaciones constituyen el derecho económico del que los juristas y lo economistas deben conjuntamente discernir el criteri y definir el contenido". [20]

Obviamente influenciados por J. M. Keynes y Gunna Myrdal, algunos juristas también embriagados por l "Teoría pura del Derecho" de Hans Kelsen, aceptaro y lucharon por una economía planificada, consecuencia de esa planificación y sometimiento d individuo a la misma (Tiranía - Aristocrática) crearo un pseudo "Derecho Económico que pretendí ocupar casi totalmente, por sustitución, el espacio d Derecho Mercantil, pues la libre contratación, si previa aprobación, fue señalada como derecho d clase".

En vía diametralmente opuesta ha surgido el "Estudi Económico del Derecho" "Economics of Law" [21] y teoría de la "Elección Pública" o "Public Choic como análisis económico de la conducta política d hombre. Líneas de estudio que integran el anális económico la praxeología y el Derecho, que hac reveladoras afirmaciones coincidentes con los m avanzados y acertados estudios de la Filosofía d Derecho. Desde una perspectiva nueva que permite visualización de innumerables nuevos matices, q facilitan la comprensión de la problemática d derecho. En ese sentido quiero compartir con usted la visión del Estado desde esa perspectiva, asumien que la misma ayudará a entender su papel en contratación mercantil.

"Ambas, la relación económica y la relación políti representan cooperación de parte de dos o m individuos" el mercado y el Estado son amb "Artículos" o "Artefactos" a través de los cuales cooperación se organiza y se hace posible. L hombres cooperan a través del intercambio de bien y servicios en los mercados organizados. L individuos entran en una relación del intercambio

20 Rangel Couto, Hugo. El Derecho Económico. Edit. Porrúa, México 1992. (Pág. 39)
21 En este sentido tenemos autores como James Buchanan - Gordon Tullock - Centro Veljanovski - Juan Torres López, etc.

cual buscan su propio interés al proveer algún roducto o servicio que va en beneficio directo del dividuo que esta del otro lado de la transacción. Por parte, la acción colectiva o política bajo la visión dividualista del Estado, es en mucho la misma. Dos más individuos encuentran mutuas ventajas en unir s fuerzas para llevar a cabo ciertos propósitos munes. En un sentido real ellos intercambian gresos con la certeza de los egresos comúnmente mpartidos.[22]

acción privada (Antonomía de la voluntad), se ve nitada por la acción pública, (Actuación del Estado); por eso resulta de vital importancia, como ya lo mos en las primeras líneas de este trabajo, el ncepto que tengamos de Estado; obviamente en un tado totalitario la acción privada (dentro de ella ntratación mercantil) se podría reducir a cero.

ra poder establecer el límite de la acción privada, bemos analizar el límite de la acción pública y finir sus fronteras. A este respecto es sumamente strativa la cita realizada, pues se concibe tanto al ercado y al Estado como meros "instrumentos" al rvicio del hombre[23] y fija como límite de sus tuaciones, las cuales son excluyentes, aquel en el e su aplicación (reglas de mercado, o regla del tado) cause mayor beneficio para los hombres, o mo mejor se expresa, donde se maximice su acción se reduzcan los costos de operación. Los autores stran muy bien al citar el modelo de Robinson rusoe y viernes aclarando que dicho ejemplo cuenta n limitaciones que son de mucha utilidad para tender: "Crusoe es el mejor pescador; viernes es ejor para subir a las palmeras y bajar cocos. Ellos contraran mutuamente ventajoso, especializarse en s tareas y después intercambiar productos. multáneamente, ambos reconocen las ventajas de nstruir una fortaleza para estar seguros. Pero una la fortaleza es suficiente para la protección de nbos. De ahí que se encuentren ventajoso entrar en intercambio político y buen recurso la construcción un bien común".[24]

Lo más atractivo de simplificar tanto al mercado como al Estado a meros instrumentos resulta ser la facilidad con que podemos deshacernos de estereotipos que, especialmente a los Abogados, podría costarnos la pérdida de objetividad en un análisis, y la aceptación de tal enunciado facilitara la tarea de sumergirnos en el campo de "Law e Economics" y sin resquemores estudiar qué es el contrato, como conducta humana, y posteriormente qué papel desempeña y debe desempeñar el Derecho al regularlo; así como cuáles son las atribuciones del Estado, como ente generados de normas, para limitar la libre acción de los individuos en el mercado.

Contenido económico del contrato

El contrato, en el sentido moderno del mismo, importa necesariamente un contenido económico o patrimonial; ya se le ha desvinculado o despojado de cualquier otro contenido, habiéndose diferenciado el mismo con la simple convención y principalmente a raíz de la constitución de la técnica pandectista alemana que creó la figura del "negocio jurídico".[25]

En el Derecho Romano el contrato tenía un concepto distinto, el que ha ido evolucionando, siendo uno de sus últimos pasos el de limitarlo a las convenciones de carácter patrimonial o económico. En la primera mitad de este siglo, se criticó muy fuertemente la figura del contrato y el abuso de la misma, ya que fue convertido, por algunos juristas, en la figura central para construir o explicar todo género de instituciones jurídicas.

"Desde la creación misma del Estado, justificada por el contrato social, o la imposición de una pena, aceptada de antemano por quien había de cumplirla, hasta la organización del mundo internacional, y desde el matrimonio basado en el consentimiento de los contrayentes, hasta los derechos reales, el contrato

Buchanan, James M & Tullock, Gordon - The Calculus of Consent University of Michigan Press. USA 1992. (Pág. 19)
Notese la perspectiva humanista o personalista del concepto vertido, lo que lo hace congruente con corrientes filosóficos ampliamente aceptados en nuestro medio.
Op. Cit. #22. (Pág. 19).
Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Editorial Avanzadi Pamplona. 1974. (Tomo III. Pág. 396).

lo era todo; la gran palanca apta para acelerar la circulación de los bienes, la figura jurídica flexible, acogedora y expansiva que brindaba propia vestidura para modelar todo lo imaginable".[26]

Tal crítica no era sólo contra el contrato, sino principalmente contra la autonomía de la voluntad, pues en la práctica se permitió que a través de ella se lesionara la dignidad de las personas, vulnerando derechos fundamentales. Obviamente el "pacto sunt servanda" imperó en una época en que, apreciando sólo sus bondades, no se logró definir la frontera de la acción pública o función del Estado, o se hizo tardíamente, lo que provocó un rechazo irracional y un cambio de dirección radical sobre la base de un interés colectivo o bien común de escasa sustentación filosófica en nuestros días, una fuerza socializante de consabidos resultados.

Insignes juristas como LOMONACO, DERNBURG de VICENTIIS, BRINZ, KOHLER y de GIORGI directa o indirectamente llegan a la conclusión de reducir el concepto de contrato al negocio patrimonial. Entonces Larenz emite la expresión que hizo fortuna "La Constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial", así Stolfi en Italia dice:

"El contrato es el negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico".

Concepto que comparte Sánchez Roman[27] y que es aceptado hoy día.

Nuestra ley no impone expresamente que el contrato debe tener contenido económico y omite pronunciarse al respecto [28] pero de hecho al enunciar los contratos se refiere sólo a convenciones de contenido económico o preparatorios de éstas; y al adoptar el sistema de "negocio jurídico" permite incluir en este cualquier convención no patrimonial o económica con lo que podríamos afirmar que con cierta timidez y de manera tácita, acepta este concepto.

Rafael Rojina Villegas propone una clasificación de los contratos en a) De finalidad económica; b) De finalidad jurídica; y c) De finalidad jurídico-económica; sin embargo, en los de carácter puramente jurídicos, se refiere a contratos preparatorios y otros de representación, que contienen convenciones que por tradición o costumbre se les llaman contratos, pero que pueden excluirse para efectos de estudio de la especie y dejarlos en el género que son los "negocios jurídicos"[29] o que tienen siempre un contenido patrimonial indirecto.

Ahora resulta interesante hacer de nuevo la reflexión siguiente: si conforme el sentido moderno del contrato, conforme el concepto aceptado por la doctrina jurídica imperante éste es la convención de contenido económico o patrimonial, ¿existirá diferencia entre contrato civil y contrato mercantil?

El contrato y el bien común

Declara el Doctor Federico Puig Peña, que:

"El concepto que del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo, como consecuencia del liberalismo, ha sufrido honda crisis... Porque si bien sigue siendo la "voluntad concordada" la piedra angular... entran ahora conceptos nuevos, la conceptuación del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas queda, en efecto, modificada (oposición de intereses por yuxtaposición de interés los intereses de las partes no aparecen contrapuestos y en lucha incesante de unos contra otros aparentemente resueltos en la síntesis del contrato sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en un "ratio" El servir a los intereses de la comunidad. El Contrato pues, es un medio de satisfacción económica, que como todas las instituciones fundamentales, queda articulados en la sociedad para el bien común."[30]

26 Pérez Serrano. Ciclo de conferencias Nuevo Sentido del Contrato. Revista de Derecho Privado 1943. (Pág. 264. PPF P. 400).
27 Puig Peña. Federico (Op. Cit. Pág. 402).
28 El artículo 1517 del Código Civil establece: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extugir una obligación".
29 Rojina Villegas, Rafael Compendio de Derecho Civil Tomo IV. Editorial Porrúa, México 1987. (Pág. 18).
30 Puig Peña, Federico. (Op. Cit. Pág. 405).

raigo a colación la cita anterior porque se trata de no de los autores más utilizados en materia de erecho Civil en las universidades del país, y porque a ejercido gran influencia en el autor de este atrevido abajo, valga como excusa a la crítica que me ropongo formular a semejante figura en el Derecho.

egún la cita realizada, que contiene un criterio muy ifundido y ampliamente aceptado, el protagonista es hora la comunidad, los individuos pactan sometidos la suprema conveniencia de ésta; sus intereses se ipeditan a lo que el bien común reclame. El primer roblema se plantea en el concepto de "bien común", a que tal como lo manifiesta Hayek: "El concepto de enestar colectivo o público se ha resistido siempre a na definición precisa, lo que ha permitido su entificación con los particulares intereses de la clase ominante, la principal razón de que así acontezca es ie ha parecido lógico pensar que el interés general ebe en cierto modo ser la suma de todos los intereses rivados, juzgándose inviable el intento de glutinarlos entre si." [31]

ste autor, en su obra *El Espejismo de la Justicia Social*, a evidenciado lo vacío que resulta el término bien mún, y en especial que al supeditar cualquier cosa a voluntad de los individuos en este caso) al bien mún, en la práctica se supedita al gobernante, quien spone arbitrariamente que ha de considerarse "bien mún".

n cuanto al problema de distinguir "intereses ntrapuestos" por "intereses yuxtapuestos", el ismo queda resuelto si se investiga en el proceso onómico, pues el intercambio de bienes y servicios implica un ganador y un perdedor en la relación ntractual, o dos perdedores; sino tal negocio, si es ore, siempre resulta ser una transacción de suma ositiva; es decir, ambas ganan. El beneficio es mutuo a que en un esquema de libre mercado, éste es ndición necesaria para que ocurra el intercambio.[32]

a división del trabajo y el intercambio genera riqueza beneficio mutuo, y los intereses contrapuestos por ide forman parte esencial y son el motor o impulso ara que la operación ocurra, de tal manera pues que debe preocuparnos a los juristas que en un contrato existan intereses contrapuestos, tal circunstancia lejos de ser negativa resulta positiva y beneficiosa para ambas partes. Esos "intereses contrapuestos" no significan pugna como tendemos a asociarlo los abogados, sino significa, yo quiero algo que tú tienes y yo te puedo dar algo que tú necesitas, donde como medio facilitados de dichas operaciones surge el dinero (que no es invención de nadie sino resultado de la evolución del mercado y del hombre en sociedad). Lo que sí debe preocuparnos a los abogados es tener conocimientos de economía, para poder entender estas instituciones antes de someterlos a un análisis jurídico, y es por ello que se hace tan importante el estudio de materias como "Law and Economics" "Public- Choice" y "Económica Constitucional", pues abren la brecha para llegar a soluciones y respuestas de problemas que vistos sólo de un ángulo o a la luz de una sólo de éstas ciencias, han sido insuficientes.

Siendo que los individuos al buscar su propio interés y beneficio, en las transacciones comerciales, logran además de satisfacerse, satisfacer los intereses de los demás al pagar la contraprestación requerida; a través de tal operación se practica diariamente la asignación óptima o mejor de los recursos existentes, lo que maximiza la utilidad de la riqueza, lo que resulta ser fruto directo de la contratación mercantil.

Conclusiones

1) Que resulta necesario a todos los juristas dedicados a la investigación en materia de Derecho Mercantil estudiar qué es, en qué consiste y para qué sirve el mercado, los principios económicos que lo rigen y de su entendimiento y comprensión derivar cualquier análisis jurídico, pues el Derecho no puede ignorar la realidad.

2) Que resulta también necesario que a nivel curricular en las diferentes universidades del país se promueva el estudio de "Economía y Derecho" o "Law & Economics", pues estas dos ciencias sociales o humanas se encuentran íntimamente vinculadas, en especial por sus fundamentos filosóficos, porque representan un instrumento

Hayek, Friedrich A. Legislación, Derecho, Libertad Volumen II, Versión Editorial, S.A. Madrid 1988. (Pág. 20
Ayau Cordón, Manuel F. El Proceso Económico Editorial Diana, México 1994.

adicional de análisis de la eficiencia de las instituciones jurídicas y constituyen esas disciplinas la vanguardia del análisis jurídico en las principales facultades de Derecho en el mundo.

3) Que sin el conocimiento del proceso económico no es posible estructurar normas que lo regulen, lo que hace necesario que los abogados se preparen en esta área para poder participar en la elaboración legislativa de la regulación del comercio, ya sea a nivel doméstico o internacional.

4) Que resulta indispensable un ambiente de libre competencia, respaldo y apoyo, sin reservas, del gobierno a una economía de mercado, tal y como se encuentra ordenado en la Constitución Política de la República, para que la contratación mercantil cumpla con promover el desarrollo económico del país y simultánea y consecuentemente pueda desarrollarse toda la técnica jurídica que su complejidad requiere.

5) Que el Derecho Mercantil, más que un Derecho de actos en masa, o de actividad profesional, puede definirse como: "Aquel conjunto de reglas generales, redactadas en forma negativa, que obligan y constriñen a las personas, con la finalidad de proteger la propiedad individual y la economía de mercado y su normal funcionamiento, y facilita el correcto y fluido intercambio de bienes y servicios, en la esfera de la actuación humana que no está limitada más que por imperativos jurídicos que la sociedad a través de sus leyes en áreas específicas reconoce que importan valores superiores a la autonomía de la voluntad."

Bibliografía

1. Merryman, John Henry. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. Fondo de Cultura Económica. México 1971.

2. Von Mises, Ludwig. La Acción Humana Unión Editorial Madrid. 1980.

3. Petit, Eugene. Derecho Romano Editorial Porrúa, S.A. México 1944.

4. Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II Aguirre España 1976.

5. Marzorati, Osvaldo. Derecho de los Negocio Internacionales. Editorial Astrea Argentina 1993.

6. Revista de Abogados y Notarios de Guatemal número 39. Enero a Julio de 1994. La Revista d último y el Código de Comercio de Guatemala.

7. Hayek, Friedrich A. Road to Freedom. Londc 1969.

8. Chamberlain, John. Las Raíces de Capitalismo. Unión Editorial, S.A. Madrid. 1976

9. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derech Mercantil. Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1983.

10. Fernández-Gómez Leo. Tratad Teórico-Práctico de Derecho Comercial. Tom III - A Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

11. Veltanovski, Cento. The Economics of Lav an Introductory Text. Hobart Page 114. - Tl Institute of Economics Affairs, London 1990.

12. Rangel Couto, Hugo. El Derecho Económic Editorial Porrúa, México 1982.

13. Buchanan, James M. - Tullock, Gordon. Tl Calculus of Consent - University of Michiga Press. USA. 1992.

14. Torres López, Juan. Análisis Económico d Derecho Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1987.

15. Puig Peña, Federico. Compendio de Derecl Civil Español Tomo III. Obligaciones y Contratc Editorial Aranzadi. Pamplona, 1974.

16. Rojina Villegas, Rafael. Compendio d Derecho Civil Español Contratos - Tomo IV Editorial Porrúa, S.A., México 1987.

17. Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación Libertad. Volumén II - El Espejismo de la Justic Social Unión Editoria, S.A. Madrid 1988.

18. Ayau Cordón, Manuel F. El Proce Económico Editorial Diana, S.A. México 1994.

Lic. Carlos Humberto Rivera Carrillo
Abogado y Notario

BALANCE DEL QUINQUENIO
(1991-1995)

Juro respetar y hacer respetar la ley".

)e este juramento, esencial para todo Jefe de Estado uando asume el cargo en cualquier régimen onstitucional, nos queda tan sólo un lamentable ıuñón al cabo del quinquenio que termina.

)e lo aportado por Jorge Serrano la evidencia es plastante. Ese personaje, de escasa o ninguna ensibilidad jurídica, quizás el más desleal desde Ianuel Estrada Cabrera, negoció la entrega de uestro reclamo sobre Belice a espaldas de su propio ancilier; inició oficialmente el rebajamiento de la gitimidad de las autoridades electas al nivel moral e los subversivos; y sólo pudo ser detenido en su elirante carrera por sobresalir cuando se lanzó npulsivamente a una duplicación pueril de la gesta e Fujimori. En el entretanto, supo desviar buena arte de los gastos confidenciales, -en contra del spíritu de la ley por el que habían sido establecidos- acia los bolsillos propios.

Y Ramiro de León?

ue electo por el Congreso en pleno esquebrajamiento de lo más fundamental del orden rídico, ulteriormente a la transformación de una opinión" de la Corte de Constitucionalidad en una sentencia" y a la improvisación de una figura abandono del poder"- constitucionalmente ıexistente.

ogró unas reformas a la Constitución que resultaron uenas; serenó las encrespadas aguas del debate úblico, y contribuyó a recuperar alguna credibilidad magen se dice hoy- para los deteriorados poderes del stado, excepto para la función de control de la Corte e Constitucionalidad.

ero el zigzagueante ascenso de Guatemala, desde la ıdependencia, hacia un Estado de Derecho, a lo largo el cual tantas veces nos hemos visto atascados, se nfrenta de nuevo ahora a la necesidad de franquear, n vísperas del año dos mil, ese zanjón inútil abierto or el manoseo del poder de "negociar" del Ejecutivo e turno.

Permítaseme una pausa filosófica.

El rasgo más distintivo de los pocos pueblos afortunados que gozan de "gobiernos de leyes e instituciones, no del capricho de hombres", es ése sostenido progreso en todos los órdenes, económico, tecnológico, cultural y social, que asociamos instintivamente con su inclusión en el llamado "Primer Mundo". Es lógico: el respeto a las normas garantiza la seguridad de las personas y en sus cosas, sin la cual resulta imposible la cooperación pacífica sobre los principios de la división del trabajo. La aplicación de las normas no está sujeta a negociación.

Por el contrario, a la enorme y triste canasta del "Tercer Mundo", el de los países atrasados, nos vemos consignados los que aún no hemos sabido digerir la importancia trascendental de un respeto generalizado por el espíritu -y el debido proceso- de la Ley, y que remitimos así nuestro bienestar a iniciativas de políticos para quienes el beneficio personal jamás queda ajeno a cada toma de decisiones. La aplicación de las normas se negocia.

Es ésta la perspectiva desde la que aventuro mis reflexiones acerca de las mal llamadas "negociaciones" de paz, acarreadas del gobierno de Jorge Serrano al de Ramiro de León.

Se empezó por sacar insensiblemente los acuerdos de Esquipúlas II del contexto en que se cimentaban, las leyes vigentes, para negociar con grupos que debieran haber estado "desarmados". Se arrojó, además, por la borda toda consideración ética -cuyo mínimo, en frase de Jellinek, es el Derecho mismo- cuando se sentaron los delegados del Ejecutivo a una misma mesa con subvertores que continuaban en sus extorsiones, asesinatos, secuestros, quemas de fincas y cosechas, derrames de petróleo, aun contrabando de estelas mayas (y estupefacientes), así deslizados, el Presidente y sus comisionados, por la pendiente del delito de encubrimiento, o al menos por el de omisión de la denuncia. Se abdicó abyectamente de la soberanía cuando se traspasó el protagonismo de todo el proceso de las manos guatemaltecas de un

conciliador a las internacionales de un moderador francés, por lo que se le concedía disimuladamente a los fuera de la ley una "beligerancia" internacional ajena a nuestro ordenamiento legal. Se engendró una asamblea de ficciones jurídicas ("sectores" les llamaron sus aprendices de brujo) no elegidos por nadie más que por sí mismos, mientras se orillaba al Congreso, el único foro legítimo de discusión sobre los temas substantivos de la nación. Se incurrió en compromisos internacionales de efecto inmediato (MINUGUA), sin el aval parlamentario previo que estatuye la ley. Y todo en un ambiente de secretividad francamente violatoria de la transparencia de todo documento público que pueda afectar gravemente la suerte de los ciudadanos y contribuyentes, mientras la contraparte firma con pseudónimos en nombre de un grupo que carece de personalidad jurídica.

La lección es clara para todos: el crimen si paga, siempre y cuando encuentre "causas" que la negociación política reconozca al margen del imperio de la ley. ¿No aconsejó acaso, en esa vena, el Fiscal de la República a las víctimas de invasiones de fincas a "negociar" con sus victimarios?...

Inclusive se puede sospechar que el Ejecutivo puede haber incurrido en otro delito contra la Constitución al maniobrar las supuestas "negociaciones" de paz hacia cambios constitucionales por la vía más bien de decisiones administrativas, cada vez que de hecho compromete su facultad de iniciativa de ley para el logro de cambios de la Constitución en convivencia con los delincuentes.

Hay quienes reclaman una alternativa.

¿No ha estado siempre allí a nuestra disposición la ví judicial? Y ya que la gigantesca maquinaria de l propaganda del régimen (financiada de nuestrc bolsillos) y la de los subversivos (de los bolsillos de lc finqueros extorsionados) nos quieren comprar l conciencia con los centenares de millones de dólare que diz nos vendrán una vez firmada la paz, ¿por qu no haber orientado ya esos fondos exclusivamente posible mejoramiento de la infraestructura de nuestr deplorable administración de la justicia?

Al final de cinco años de costosas conspiraciones, lc representantes de la ley no habrán traído a su violadores de vuelta al seno de lo legal; per ciertamente, estos últimos sí han empujado a lc primeros cada vez más fuera de la periferia de la le

Dos notas periodísticas:

En Palermo, hoy se sienta en el banquillo de l acusados al político grande de la post-guerra de Itali Giulio Andreotti, por presuntos contactos con la maf siciliana. Primer mundo.

En San José de Costa Rica, un capo de la oscura maf subversiva de Guatemala condena públicamente, sin apelación, a los finqueros a pagar exorbitant extorsiones y el Vice-Presidente de la Repúbli aconseja a los finqueros tener paciencia por un meses más. Tercer Mundo.

Dr. Armando de la Torre
Catedrático de la UFM.

"Los socialistas creen en dos cosas que son absolutamente diferentes y hasta quizá contradictorias: libertad y organización."

Elie Halevy

LOS IMPUESTOS Y LAS FUNCIONES DEL ESTADO

l Estado surge para garantizar a las personas el libre jercicio de sus derechos humanos: a la vida, a la ropiedad, a la libertad. Con el nacimiento del stado, el hombre queda liberado de la carga de efenderse dentro de una situación de salvajes en que alía ganando el más fuerte. Por lo tanto su onveniencia y justificación la encontramos recisamente en la garantía de libre iniciativa e idependencia que brinda a cada individuo frente a s demás miembros de la comunidad y frente al stado mismo, en todos los campos en que se espliega la actividad y capacidad de las personas, niendo como único limite el derecho de los demás. omo podemos ver la función del Estado tiene ásicamente un contenido negativo, es decir de no acer.

ara que el Estado pueda cumplir con la función que le ha encomendado, los particulares tienen que stenerlo económicamente mediante el pago de npuestos. Esta obligación se justifica en el hecho de ue los individuos están pagando por la adecuada rotección de sus derechos, es decir que existe una elación sinalagmática entre el Estado y el ontribuyente.

os impuestos son el costo de tener un Estado y sólo n la medida en que los contribuyentes estén onscientes de que éste está cumpliendo con su isión, estarán dispuestos a seguir contribuyendo a sostenimiento.

e la misma manera que para entrar en sociedad las ersonas renunciaron a parte de su libertad, enuncian a parte de su propiedad para proporcionar s medios que protejan el resto de su propiedad. ada miembro de la sociedad espera que esta enuncia sea lo menos onerosa posible.

l costo de tener un Gobierno dependerá de la xtensión de las actividades que las personas le ncarguen, por lo que en la medida en que se le tribuya al Estado más actividades de las que está bligado a cumplir, se amplía su presupuesto y en onsecuencia la renuncia que cada persona hace al isfrute de su propiedad aumenta. En la medida que e consuma más gobierno, se reducirá la capacidad de onsumo de bienes y servicios.

Esto es lo que ocurre cuando dentro de los derechos humanos se quiere incluir además de los individuales como la vida, la propiedad y la libertad, otros derechos de tipo económico, social y cultural. Con esta tendencia, ya no se pide que el Estado "no haga", al contrario, se le pide que "actúe". Para esto el Estado elabora un presupuesto con una gran gama de actividades que tienen costos, los cuales debe cubrir a través de los ingresos que obtiene, por ejemplo de los impuestos, los cuales adoptan la forma de **casuísticos y progresivos** y que provocan un total desincentivo a la inversión de capital y a la producción y por lo tanto al crecimiento de un país.

Con los derechos sociales lo único que se logra es una constante violación de los derechos individuales. Al atribuirse al Estado funciones paternalistas, se le empuja a que tome un papel protagónico dentro del proceso económico, intentando una redistribución de la riqueza. Esto busca privilegiar a determinados grupos que no se han logrado desarrollar por su propio esfuerzo, en detrimento del derecho que tiene cada persona a la no interferencia dentro de su campo de acción y a la libre disposición de lo que logre como fruto de su empeño. Con esto se viola gravemente el derecho de propiedad y por lo tanto, paradójicamente, el **ESTADO QUE NACIO PARA PROTEGER CIERTOS DERECHOS, SE CONVIERTE EN PRINCIPAL VIOLADOR DE LOS MISMOS.** Y de aquí resulta lo contradictorio de que las personas paguen por la propia transgresión de sus derechos.

Los impuestos casuísticos y progresivos se adoptan con fines económicos y sociales que nada tienen que ver con la función esencial del Estado.

Las facultades impositivas del Estado se contempla en las Constituciones, sin embargo deben entenderse en el sentido de crear leyes de aplicación general sin privilegios de ninguna clase.

Lo más conveniente es que se adopten medidas tales como **tasas impositivas más bajas y una aplicación más estricta de leyes tributarias.** Con este tipo de medidas se procurará el desarrollo económico del país, y al mismo tiempo se beneficiará la recaudación

fiscal ya que, por un lado se hace fácil el acceso a la calidad de contribuyente cfectivo y por el otro, el riesgo que involucra la falta de cumplimiento de las obligaciones fiscales es muy alto debido a la estricta inspección. Como ejemplo del éxito de estas medidas tenemos a Estados Unidos, Gran Bretaña y países Asiáticos como Hong Kong.

En conclusión un sistema impositivo debe contemplar las siguientes características:

Primero: Reducirse al mínimo la distorsión producida en los precios, ya que son éstos precisamente los que orientan a las personas en sus decisiones para la económica asignación de recursos.

Segundo: Debe observarse la equidad horizontal, es decir que personas en igualdad de condiciones paguen tasas impositivas similares.

Tercero: Debe ser un sistema impositivo sencillo para su comprensión, cálculo y pago. Esto está en manos de nuestros legisladores.

Si logramos que el sistema impositivo cumpla con estas condiciones y que, por lo tanto, una gran mayoría pague sus impuestos, será factible que a largo plazo nuestra obligación tributaria frente al Estado sea mucho menor.

Deben erradicarse las decisiones basadas en elementos de juicio de corto plazo, tales como la inquietud por la falta de ingresos y de apoyo de determinados sectores, que sólo han impedido una reforma fiscal en este sentido. El peligro que provoca el descontento por las obligaciones tributarias mal orientadas, nos apremia para viabilizar un sistema impositivo que sea congruente con el derecho humano llamado propiedad.

Lic. Ana Cecilia Perez Bravatti
Catedrática UFM

"¿Acaso hay tragedia imaginable más grande que el que en nuestro esfuerzo deliberado por conformar nuestro futuro de acuerdo con elevados ideales, produzcamos, sin desearlo, exactamente lo opuesto a nuestro objetivo?"

Friedrich A. Hayek

EN TORNO AL AÑO INTERNACIONAL DE LA MUJER

El año de 1995 fue designado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como el Año Internacional de la Mujer. Este acontecimiento es motivo para que reflexionemos sobre el importante papel que juega este ser humano en la sociedad, no solo actualmente sino el que ha desempeñado siempre. A lo largo de la historia, tanto en las grandes modificaciones como en los logros de la humanidad, la influencia de la mujer ha sido decisiva, por ello con a poca frecuencia se suele escuchar "Detrás de un gran hombre siempre existe una gran mujer".

Previo a sumergirnos en el vasto tema de la mujer, el cual es inagotable por la dimensionalidad de la persona humana, es necesario hacer hincapié en algunos conceptos. Para poder hablar con propiedad de este ser debemos partir de un supuesto fundamental, la persona humana. Para definirla consideramos idónea la célebre concepción de Boecio: "sustancia individual de naturaleza racional". De modo que en cuanto a la naturaleza en lo relativo al principio de operaciones de hombre y mujer no cabe hacer distinción alguna. Lo anterior nos lleva a la deducción que tanto hombre como mujer poseen igual dignidad y por ende los mismos derechos y obligaciones. Descarta toda posibilidad de que la misma sea considerada como "objeto" de dominio o de posesión del hombre; los dos se encuentran en un mismo plano. Ahora bien: ¿qué diferencia a la mujer del hombre? No obstante ambos poseen la misma dignidad (los dos son seres humanos) son diferentes entre sí. Dicha divergencia entre ambos seres es la masculinidad y la femineidad, lo cual se manifiesta en sus características psíquicas, físicas y espirituales. Es precisamente de ello que resulta la complementariedad de ambos sexos. Así por ejemplo, la mujer se caracteriza por una sensibilidad especial y la atención a los detalles, el hombre en cambio es eminentemente un ser práctico y ve en todo el conjunto.

Es condición sine qua non para que la sociedad humana pueda ser completa, la participación de ambos sexos en todos los campos. Esto no quiere decir que encontraremos una proporción del cincuenta por ciento, ya que por la misma forma de ser de cada uno, habrá esferas para las cuales habrá una mayor participación de hombres y viceversa.

La mujer en cualquier lugar que ocupe estará realizando, como cualquier persona humana, una función insustituible no solamente por el hecho de ser mujer, sino por el de persona humana que es. Cada ser humano es único e irrepetible. Ella es en quien el orden del amor en el mundo creado de las personas, encuentra un lugar para su primera raíz. Sólo la persona puede ser amada. La afirmación anterior es de naturaleza ontológica, de la cual emana una afirmación de naturaleza ética. El amor es una exigencia tanto ontológica como ética del ser humano. Al decir que la mujer es la que recibe amor para amar a su vez, no hacemos referencia únicamente al matrimonio. Lo que manifestamos es algo universal, fundamentado sobre el hecho mismo de ser mujer en el conjunto de las relaciones interpersonales que de diversa forma estructuran la convivencia y la cooperación entre las personas: hombres y mujeres. En este sentido ella representa un valor particular como ser humano, y a su vez, como aquel ser concreto, por el hecho de su femineidad. Lo anterior hace referencia a todas las mujeres, independientemente del contexto cultural en que se desenvuelvan.

Indiscutiblemente el vínculo de complementariedad primigenio entre él y ella es el matrimonio, la familia, sin lugar a duda, el cuidado y dedicación al esposo y a los hijos. Todo esto, sin perjuicio del desarrollo integral de su personalidad pero siendo necesario para ello, como condición a priori, este deber propio de su existencia. De modo que es tan loable y digno el que una mujer se dedique a los quehaceres del hogar, como que se dedique a ser una profesional de éxito o bien ocupe un importante cargo público. Es por ello condenable el feminismo, porque no exalta a la mujer sino que la despoja de su particular forma de ser. Provoca con ello una desvirtuación de esas cualidades que le son propias.

La declaración del año de la mujer fue conveniente no sólo como reivindicación de los derechos de la misma sino, en reconocimiento de la labor que ella ha realizado a través de los siglos. La mujer es apoyo insustituible, fuente de energía y fortaleza para los demás, cuando busca y desarrolla su vocación como tal. A ella deben mucho sus familias, y consecuentemente también la comunidad en general.

Jary L. Méndez Maddaleno
Estudiante de Derecho UFM

ANALISIS DE LA NORMA RELATIVA A LA FORMA DE LOS CONTRATOS Y EL AMBITO DE APLICACION DEL CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL

Introducción

El presente trabajo pretende establecer, a través de un análisis doctrinario y de una interpretación exegética del Código Civil, si los contratos civiles que sobrepasan de trescientos quetzales, o en el caso de los mercantiles, de un mil quetzales, celebrados de manera distinta a la establecida en el artículo 1575, son nulos o inválidos y los efectos que surtirían de acuerdo a la conclusión a que se llegue.

Asimismo, deseamos determinar el ámbito de aplicación del concepto de contrato en el Derecho Civil. Es decir, si se aplica en los aspectos de Derecho de Familia, Derecho Sucesorio, Derechos Reales o solamente en el Derecho de Obligaciones, dentro del cual se regula la contratación en el Derecho Civil.

Análisis de una norma relativa a la forma en los contratos

El artículo 1575 del Código Civil dice: "El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales."

Un examen inicial de este artículo podría sugerirnos una eventual nulidad, en caso se omitiere la formalidad de la escritura en los supuestos a que se refiere dicha norma. Sin embargo, es preciso interpretar tal disposición, bajo la base de que interpretar la ley es -según García Máynez- "descubrir el sentido que encierra"[1], y con el objeto de determinar si en realidad, en el caso que se analiza, estamos ante una nulidad.

Para dar una correcta interpretación de la norma transcrita debemos definir ciertos términos que nos ayuden a llegar a una conclusión acertada. En este caso, lo que debemos tener presente es que la norma bajo examen se ubica en el capítulo del Código Civil relativo a la FORMA en los contratos, aspecto que no debemos desatender para evitar confusiones. En consecuencia, creemos propio empezar definiendo este término. Manuel Ossorio define la forma de los actos jurídicos como:

"(...) los requisitos o solemnidades que acompañan o revisten a los actos jurídicos y que son específicamente determinados por la ley. En algunos casos, también especialmente previstos, su omisión puede acarrear hasta la nulidad del acto."[2]

Respecto de la forma externa que revisten ciertos contratos, podemos hablar de contratos *ad solemnitatem* y de contratos *ad probationem*, los cuales serán desarrollados más adelante.

Posibilidad de la nulidad del contrato por ausencia de forma

La interpretación del artículo 1575 será analizada solamente en aquellos casos en que el valor de los contratos sobrepase el límite a que se refiere la norma para que cumplan con determinada formalidad y ésta no sea observada.

De acuerdo al artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."

Analizamos el artículo anteriormente transcrito, en base a que, conforme al artículo 1o. del mismo cuerpo legal: "Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco."

De conformidad con el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus

1 García Maynez, página 314.
2 Ossorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales.

labras, pero también conforme a su contexto. Por parte, el artículo 11 de la misma Ley dice que las labras se entenderán de acuerdo al Diccionario de Real Academia Española. Como el artículo 1575 del ódigo Civil utiliza la frase "...debe constar por crito", y la palabra "debe" denota estar obligado a go, se deriva que tal artículo contiene una norma perativa. Digámoslo desde ya, imperativa en anto a la forma, pero independientemente de ello, isten diferentes formas contractuales, con distintos ectos jurídicos.

omo los actos contrarios a las normas imperativas n nulos de pleno derecho, a primera vista pudiera nsarse que el incumplimiento de la formalidad de escritura en los contratos cuyo valor exceda de escientos quetzales, los haría nulos. Sin embargo, tal ecto no se da en la situación que se examina por las zones que se mencionan a continuación.

Existencia del contrato no obstante una ausencia de forma

uestra legislación civil contempla la libertad de rma en la celebración de los contratos. El artículo 156 del Código Civil, expresamente dice:

"Cuando la ley no declare una forma específica para negocio jurídico, los interesados pueden usar la e juzguen conveniente."

iste, asimismo, el artículo 1574 que dice:

"oda persona puede contratar y obligarse:

1) por escritura pública;

2) por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;

3) por correspondencia; y

4) verbalmente."

principio, existe libertad de contratación en cuanto la forma en que las partes quieran obligarse, guiendo la conocida frase según la cual "de cualquier modo que el hombre quiera obligarse queda obligado" [3]. Esta afirmación queda limitada en los casos que la ley exija llenar una forma determinada, sea con efectos de prueba, sea con efectos de estricta solemnidad. Según la ley guatemalteca (artículo 1577 del Código Civil) los contratos calificados de solemnes deben constar en escritura pública, con el efecto jurídico de que la inexistencia de tal formalidad, que se considera como requisito esencial, acarrea su invalidez. Pero también la ley guatemalteca contempla las formalidades de prueba, constituidas por formas que sirven como medios de prueba del acto, tal es el caso contemplado en el artículo 1576, relativo a los contratos que tengan que inscribirse en los registros, cualquiera que sea su valor, que deberán constar en escritura pública, pero son válidos y las partes pueden compelerse a tal otorgamiento, si se establecen sus requisitos esenciales por confesión judicial u otro medio de prueba escrito. Igualmente son de esta naturaleza formal *(ad probationem)* los contratos a que alude el artículo 1575, pues el hecho de que deben constar por escrito cuando su valor exceda de trescientos quetzales constituye una formalidad de prueba, pero no un requisito de estricta solemnidad.

Lo que podemos deducir es que la existencia de los contratos no puede derivarse necesariamente del cumplimiento de una formalidad determinada, salvo en el caso de los contratos denominados *ad solemnitatem*, a que se refiere el artículo 1577 del Código Civil.

Garrido-Zago considera que existen tres categorías de contratos, basándose en las formalidades requeridas para su celebración: "(...) a) contratos no formales o consensuales (...) b) contratos formales *ad probationem* (...) c) contratos formales *ad solemnitatem*". [4]

Los contratos formales *ad probationem* son aquéllos que exigen determinadas formas, pero "(...) *únicamente a los efectos de asegurar la prueba de su existencia*, de suerte que el contrato es obligatorio aunque ellas no hayan sido observadas". [5] Es decir, que requieren de determinada forma, pero no para la existencia del contrato, sino para posibilitar su

3 Díez-Picazo, página 174.
4 Garrido-Zago, página 240.
5 Garrido-Zago, página 240.

prueba. Podemos mencionar como ejemplos algunos contratos de este tipo: la compraventa (art. 1790), por ser eminentemente consensual; la donación (Art. 1855). Asimismo, el artículo 1576, por excelencia, pues establece que la omisión del otorgamiento de escritura pública del contrato que así lo requiera puede subsanarse, pues las partes pueden compelerse a su otorgamiento posterior.

Los contratos formales *ad solemnitatem* son aquellos en los cuales la observancia de la forma prescrita es esencial para la existencia del contrato, de modo que si no se cumple con ellas, el contrato será nulo. Entre otros, serían contratos tales como el mandato (Art. 1686); la sociedad civil (Art. 1728). El artículo 1577, por excelencia, los comprende, pues claramente expresa que los contratos calificados expresamente como solemnes no tendrán validez (aunque doctrinariamente su efecto es nulidad), si no llenan el requisito esencial de constar en escritura pública.

Interpretando el artículo 1575 del Código Civil, en su contexto con las demás normas del capítulo relativo a la forma de los contratos, es decir, las contenidas en los artículos 1574 al 1578, como lo permite el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, puede afirmarse que la formalidad prevista en dicha disposición del Código Civil es eminentemente *ad probationem*, y de ahí que la inobservancia de la forma escrita en los casos a que se refiere tal disposición no acarrea la nulidad prevista en el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial (que establece que los actos contrarios a las normas imperativas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención), ya que los contratos formales *ad probationem*, en caso de no ser observada dicha formalidad, tienen un efecto jurídico específico, distinto de la nulidad, consistente en que las partes pueden probar la existencia del contrato ya celebrado entre ellas. En dicho capítulo relativo a la forma de los contratos, la única excepción que comprende los contratos con efectos *ad solemnitatem* es el artículo 1577, pues en este caso, de no cumplirse la formalidad prescrita, los contratos devienen nulos. El contexto de las disposiciones del relacionado capítulo nos hace ver que, fuera de ésta última disposici citada, los restantes artículos se refieren a contrat formales *ad probationem;* en uno de ellos porque propio precepto así lo determina (Art. 1576), y en otro (Art.1575) porque de la propia naturaleza de formalidad ahí contemplada, así se infiere.

En confirmación de lo expuesto, si interpretamos norma de acuerdo a la finalidad y al espíritu de misma y a la historia fidedigna de su institución, con lo permite el artículo 10 de la Ley del Organism Judicial, espíritu e historia que se contienen en Exposición de Motivos del autor del proyecto que d origen al actual Código Civil, Licenciado Federi Ojeda Salazar, tenemos que dicho autor claramen indica que: "Ha quedado establecido que los contrat se perfeccionan por el mero consentimiento, excep cuando la ley exige otra formalidad; y también que todo negocio jurídico, cuando la ley no designe u forma específica, los interesados pueden usar la q juzguen conveniente...No obstante, pues, que el me consentimiento perfecciona el contrato, por reg general, la ley exige que se haga por escrito, con excepción anotada. **No quiere decir esto que contrato no quede perfecto por el simp consentimiento, sino que una vez concluido y c efectos entre las partes contratantes, quedan ést obligadas a llenar la formalidad debida, a fin establecer la prueba necesaria para la ejecución convenio y para que surta efectos contra terceros.**

Agrega el mismo autor que tal cosa no podría ocur en un contrato solemne, en que el otorgamiento escritura pública es requisito esencial, de manera q si falta la escritura, ni aún por medio de confesi judicial podría hacerse valer el contrato.

Consiguientemente, el requisito de forma al que alu el artículo 1575 es propio de aquellos contrat denominados *ad probationem*. Por lo que, como d Garrido-Zago, "(...) no es un elemento esencial estructural del negocio jurídico, y su falta no priva existencia al mismo. Habrá una dificultad material probar la existencia del contrato", [7] pero no provoc su inexistencia.

6 Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco, página 198.
7 Garrido-Zago, Página 243.

emás, recordemos el principio jurídico relativo a e "quien puede lo más, puede lo menos". [8] Si alizamos el artículo 1576 del Código Civil, que se iere a los contratos que tengan que inscribirse o otarse en los registros -cuya mayor importancia oviene del hecho de que deben constar en escritura blica- y con respecto a los cuales las partes pueden npelerse al otorgamiento de la misma sin que la ida omisión de formalidad provoque la nulidad del trato, resultaría absurdo que en los contratos a que efiere el artículo 1575 del Código Civil, a los que camente se les exige constancia escrita, pudieran ugnarse de nulos por el simple hecho de no arse a cabo por escrito.

debemos olvidar que el artículo también menciona contratos mercantiles, que deben cumplir con la ma escrita cuando sobrepasen de Q 1,000.00, lo que ne a aplicarse supletoriamente de acuerdo a los culos 671 y 694 del Código de Comercio.

Legislación comparada

Guatemala la legislación tiende a ser formalista, lo al, según Jorge Mosset Iturraspe, presenta las uientes desventajas: "(...) lentitud en la conclusión los negocios, onerosidad, nulidades pronunciadas razón de la omisión de las formas". La Exposición Motivos del Código Civil, por su parte, menciona e "(...) tal pretensión no es posible realizarla cuando tiene el convencimiento de que un porcentaje nsiderable de analfabetos no pueden usar la forma rita y que pequeñas transacciones las llevan a cabo balmente, (..)".[9]

tendencia moderna es, entonces, el principio piritualista que señala el consensualismo como la se para el sistema de contratación, utilizando la rma de manera excepcional para probar la stencia del contrato realizado.

España, la evolución del derecho y del tráfico rcantil los llevó a modificar su legislación respecto de la formalidad de escritura, que establecía que si el contrato superaba cierta cantidad, debería constar por escrito "bajo pena de nulidad". Esta regulación se modificó en base a que la apuntada supresión "(...) obedecería a la circunstancia de que el principio en nuestro derecho civil sería el de que las formas de los contratos son exigidas sólo *ad probationem.*" [10]

Guatemala no es ajena a la evolución del derecho y del tráfico mercantil, por lo que una regulación como la que establece el artículo 1575, en cuanto a cumplir con determinada forma, debe interpretarse como una formalidad *ad probationem* porque, de lo contrario, no habría una verdadera evolución, sino un estancamiento, así como una contradicción a la finalidad y al espíritu de la institución contractual, teniendo siempre presente las salvedades mencionadas de los contratos *ad solemnitatem.*

Conclusión

De acuerdo a lo dicho, no es válido concebir que sea nulo un contrato de naturaleza *ad probationem*, por el hecho de no constar por escrito. Los contratos a que se refiere el artículo 1575 del Código Civil, son de naturaleza *ad probationem*, por lo que la omisión de la formalidad de escritura no provoca la nulidad del contrato, pues la propia norma citada del Código Civil conlleva implícitamente un efecto jurídico distinto de la nulidad, en caso de contravención o inobservancia de la forma requerida consistente, tal efecto (propio de la naturaleza jurídica de los contratos *ad probationem*) en que tratándose de una formalidad de prueba de un negocio jurídico ya celebrado, las partes contratantes quedan obligadas a llenarla, con el fin de establecer precisamente la prueba necesaria para su cumplimiento.

La imperatividad del artículo 1575 del código Civil se refiere al cumplimiento de un requisito de forma de los contratos *ad probationem*, los cuales como vimos anteriormente, tienen efectos jurídicos propios, diferentes de la nulidad, por lo que resulta inaplicable el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial.

8 Mosset Iturraspe, página 270.
9 Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco, página 199.
1 Garrido-Zago, página 253.

Entonces el contrato existe. En caso de incumplimiento de alguna de las partes en su ejecución, sería necesaria la formalidad requerida para probar su existencia, pero nunca dicha formalidad debe ser considerada como un requisito esencial para la existencia del contrato.

Ambito de aplicación del contrato

Artículo 1517.- "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

Definicion del código civil

Más bien que definir, lo que hace el Código es indicar el momento en el que el Contrato existe, en que aparece formando, creando, modificando o extinguiendo un vínculo de derecho, determinando el momento y los requisitos en que éstos concluyen y el contrato surge.

De este artículo podemos deducir ciertas características propias de todo contrato:

1- Pluralidad de personas; siendo imposible, por tanto, la celebración de un contrato consigo mismo, salvo el caso en que el mandatario celebre un contrato actuando como mandatario y en nombre propio, con la autorización necesaria del mandante. (Artículo 1694).

2- La determinación de las voluntades.

3- La conformidad de dos o más voluntades.

4- La obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Consideramos que el artículo es bastante claro en definir cuándo hay contrato, pero la palabra que puede provocar confusión por su sentido amplio es la de **obligación**, por lo que entraremos a deslindar las características y alcances de la misma.

La patrimonialidad de la obligacion que nace de los contratos

Para empezar a analizar este artículo debemo sujetarnos a lo que establece el artículo 1 de la Ley d Organismo Judicial, en cuanto a que dicha ley es l que contiene las normas generales de aplicación interpretación e integración del ordenamient jurídico guatemalteco.

Según los artículos 10 y 11 de la Ley del Organism Judicial, las normas deben interpretarse de acuerdo a sentido propio de las palabras y éstas se entenderá de acuerdo al Diccionario de la Real Academi Española; por lo que, la acepción de la palabr obligación es:

"Vínculo que sujeta a hacer o a abstenerse de hace una cosa, establecido por precepto de ley, po voluntario otorgamiento o por derivación recta d ciertos actos." [11]

Es evidente que de la definición de obligación n podemos determinar si ésta tiene siempre u contenido patrimonial o no. Por lo que, par determinarlo, creemos que es preciso acudir a lo qu la doctrina apunta en este sentido, cosa que no permite el artículo 10 de la Ley del Organismo Judici en cuanto a la interpretación de las normas.

La opinión doctrinaria es conteste en cuanto a que l obligación que nace de los contratos es siempr patrimonial, como lo afirma Díez Picazo:

"(...) cuando versa sobre bienes o intereses que posea una naturaleza económica. Los bienes y los interes poseen una naturaleza económica cuando pueden s objeto de valoración".[12]

Esta opinión es apoyada por autores com Garrido-Zago, quien cita a Mosset Iturraspe, el cual su vez opina que la doctrina es unánime en es sentido:

11 Diccionario de la Real Academia Española.
12 Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco, página 199.

".) tiene que tener contenido patrimonial por tener u. objeto susceptible de apreciación patrimonial (...) e contrato regla exclusivamente de un modo imediato o directo, las relaciones jurídicas patrimoniales obligacionales, es decir, las propias del drecho crediticio." [13]

Pr su parte Messineo afirma que:

"..) el significado más auténtico del contrato es aquel pr el cual el mismo se presenta como una subespecie (principal) del negocio jurídico bilateral patrimonial;" [14]

Smos partidarios de esta corriente y para reiterar el carácter patrimonial de la obligación, debemos analizar el objeto de dicha obligación, que consiste en la prestación.

Etraremos entonces a definir qué se entiende por prestación, que según el Diccionario de Ciencias Jrídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio es:

"bjeto o contenido de un deber jurídico. Equivale a dr, hacer o no hacer." "También la cosa o servicio qe un contratante da o promete a otro." [15]

E decir, que la prestación (que según el artículo 1319 consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa) no debe tner necesariamente un contenido pecuniario en sí nsma, sino ser susceptible de valoración económica, ecta o indirectamente, "Realmente la prestación en sno tiene que ser pecuniaria, pues es evidente que pdiendo consistir en dar, hacer o no hacer aguna cosa, puede consistir en conducta no pcuniaria (...)"[16]

Listen distintas formas de valorar la patrimonialidad de la prestación derivadas de la obligatoriedad del ntrato que surge desde que éste se perfecciona por acuerdo entre las partes (Artículo 1519): cuantía de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de la obligación (Artículo 1534); ntraprestación pactada, como a cláusula indemnizatoria (Artículo 1436); por elestablecimiento de una pena en dinero o cosa que lo valga (Artículo 1442); o por cualquier medio que pacten las partes.

Según Díez Picazo, las relaciones patrimoniales se constituyen con bienes susceptibles de valoración económica, que pueden ser de diversa naturaleza y condición, de tal forma que puedan proporcionar una utilidad o satisfacción personal. Da como ejemplos: 1. las cosas materiales, como una casa, una joya; 2. las energías de la naturaleza, como la corriente eléctrica; 3. los bienes inmateriales o creaciones intelectuales del hombre, como las obras literarias o los inventos; 4. el comportamiento o la conducta de otra persona que pueda ser útil a la persona a cuyo favor se presta. [17]

Atendiendo al inciso 4 que menciona Díez-Picazo en el párrafo anterior, nos damos cuenta que la prestación de una obligación que nace de un contrato no necesariamente debe ser siempre valorada económicamente, pues como menciona Manuel Albaladejo:

"(...) el hecho de que una persona se obligue con otra a no tocar el piano en el vecino piso, estableciéndose una cláusula penal en dinero, para caso de incumplimiento, no hace verdaderamente pecuniaria (de forma indirecta) la prestación del deudor, sino que sólo se trata de algo que *sustancialmente* equivale a fijar una cantidad, a la que asciende la *responsabilidad,* si el piano se toca."

Concluye diciendo que:

"(...) más que medida pecuniaria de la prestación (débito), lo que hace falta es medida pecuniaria de la responsabilidad. O sea, de pecuniaria se podría -verdaderamente- calificar a la obligación (por ser pecuniario uno de sus elementos: *la responsabilidad),* pero no a la *prestación.*"[18]

1 Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco, página 199.
2 Garrido-Zago, página 32.
3 Ossorio, op. cit.
4 Albaladejo, página 495.
5 Díez-Picazo, página 50.
6 Albaladejo, página 496.

Debemos recordar la distinción que existe entre el débito y la responsabilidad patrimonial: ambos son los elementos que integran una misma obligación, siendo el débito el deber de cumplir con la obligación (lo que constituye una motivación interna del sujeto que debe cumplirla), y la responsabilidad patrimonial, el perjuicio jurídico y económico que se le ocasiona al deudor, en caso de incumplir con la obligación.

La teoría del débito y la responsabilidad nació para evitar que el deudor, en caso de incumplimiento de su obligación, pagara con su propia vida, quedando sujeto incluso a esclavitud. Vino a dar una diferencia entre el débito y la responsabilidad, que autores como Roca Sastre opinan que:

"(...) la situación del acreedor, durante la fase anterior al inclumplimiento, está ya jurídicamente calificada por razón del mismo débito, creemos que lo demuestra la especial protección que le dispensa la norma al transmutar su poder, hasta entonces relativo, en un poder dominativo o de agresión patrimonial."[19]

Este autor cita, entre otros, a Pacchioni, con cuya posición concuerda:

"(...) así como primitivamente quedaban *obligati (nexi)* sólo aquellos deudores que hubieran contraído *nexum*, en la época histórica y clásica resultaban obligados, no sobre su persona, sino sobre sus bienes, aquellos deudores que hubieran contraído un débito *ex contractu*, o sea, aquellos que hubieran dado nacimiento a un negocio reconocido como suficiente para crear por sí y en todo tiempo el *debitum* y su garantía *(obligatio)* sobre el patrimonio del deudor."

En definitiva, la obligación que nace de los contratos es de carácter patrimonial, por ser susceptible de ser valorada económicamente (directa o indirectamente), aunque lo que se valora en realidad es la responsabilidad de cumplir con la prestación y no la prestación misma, como usualmente se cree.

Aplicación del concepto de contrato en el derecho civil

Contratación en los derechos reales

Hemos de empezar nuestro análisis de la aplicació del concepto de contrato del artículo 151 evidenciando la relación que puede existir entre l derechos reales y el mismo, en el sentido de que contrato puede ser fuente creativa de determinad derechos reales.

Nos referiremos al Usufructo, Uso y Habitación com un ejemplo de aquellos derechos reales susceptibl de ser constituidos por medio de contrato. El artícu 704 establece:

"El usufructo se constituye por contrato o por acto última voluntad." De donde es evidente que se puec constituir un derecho real por medio de la celebracić de un contrato.

En cuanto al Uso y Habitación, el artículo 705 n remite a la forma de constitución y extinción d usufructo, de donde se deriva que también constituye a través de la contratación.

La hipoteca y la prenda, que son derechos reales garantía, puedcn ser también constituid contractualmente; y aquellos cuya constitución s forzosa, (como la servidumbre legal de acueduc establecida en el artículo 760, y la servidumbre leg de paso contenida en el artículo 786) o aquellos pa los que la ley establece una forma distinta para constitución, obviamente quedan al margen de s generados por contrato.

Evidenciamos que en el ámbito de los derechos real podemos aplicar las normas de la contratación, en sentido de que las partes pueden constituirl modificarlos o extinguirlos a través de manifestación de voluntad, en la medida en que la l y la naturaleza de la respectiva institución así permitan. Cumpliendo así con lo que establece l artículo 1517.

19 Roca Sastre, página 162.

ontratación en derecho de familia

a legislación guatemalteca determina la tutelaridad iherente en el derecho de familia. En este orden de ieas, la aplicación de las normas concernientes a la ontratación funciona con carácter excepcional, dados s ingredientes morales que caracterizan las stituciones familiares. Los comentarios de Castán beñas nos servirán para ilustrar este punto, cuando ata la crisis ideológica del contrato en el siguiente rrafo:

...) Esta crisis ideológica del contrato tiene como anifestaciones:

a) La reducción del área del contrato o, lo que es igual, de las instituciones a las cuales se aplicaba, para explicarlas o construirlas, la idea del contrato. Las instituciones del Derecho Público, las relaciones de familia, la relación de trabajo, tienden a quedar fuera del ámbito de lo contractual.

b) La revisión del concepto del contrato, ya va perdiendo (...) muchos de sus elementos típicos y puros, para ser centrados sobre nuevas bases, bajo la inspiración de criterios sociales."

a materia de la contratación se aplica muy cepcionalmente en el derecho de familia.

n el matrimonio no rigen estrictamente las normas ntractuales, por ser una institución que además de r fuente importante de estado civil, su definición gal está imbuída de conceptos tan especiales como ánimo de permanencia y los fines para los cuales ta instituida, aspectos que no son dominantes ni efinitorios en la contratación, en el sentido que lo tablece el artículo 1517 del Código Civil, cuando tablece que por medio de la voluntad de las partes puede crear, modificar o extinguir una obligación.

a materia de contratación se aplica muy cepcionalmente al derecho de familia.

limentos

n este capítulo del derecho de familia, para los ropósitos de este estudio, tiene importancia lo que al specto dice el artículo 291 del Código Civil, que stablece:

"Las disposiciones de este capítulo son aplicables a los demás casos en que por ley, por testamento o por contrato se tenga derecho a alimentos, para el caso especial de que se trate.

El derecho de alimentos que provengan de contrato o disposición testamentaria, no perjudica, en ningún caso, la preferencia que la ley establece en favor de los parientes del obligado."

Es evidente que se nos presentan dos situaciones: la primera es que la obligación de prestar alimentos nace de la ley (Artículo 283). No obstante, esta obligación de prestar alimentos puede documentarse por medio de testamento o contrato. Por ejemplo, puede el padre obligado a prestar alimentos mediante convenio celebrado con la madre de los alimentistas, pactar un aumento de la respectiva pensión. Igualmente tal convenio es viable con respecto al aumento de la pensión alimenticia del obligado, con relación al otro cónyuge, incorporándose incluso mejores garantías que las establecidas, como una hipoteca en lugar de una fianza personal de precario sustento; o el reforzamiento de garantías adicionales en provecho de los alimentistas.

La segunda situación radica en la forma de cumplir esa obligación, ya que es posible adecuarla a disposiciones contractuales, siempre y cuando se observe la preferencia y el orden establecido en la ley para cumplir con dicha obligación (Artículo 283, 291).

Además, el artículo 212 del Código Procesal Civil y Mercantil claramente dice que uno de los títulos para demandar alimentos es el contrato. Donde encontramos otro apoyo para afirmar que en alimentos puede utilizarse el mecanismo de la contratación, siempre que ello se adecúe a la normativa legal que rige la materia de los alimentos y no vaya contra los derechos del alimentista.

De modo que, si bien es cierto que los alimentos tienen una sustentación moral, característica de las instituciones del derecho de familia, también lo es que la obligación alimenticia tiene un innegable carácter pecuniario y valoración patrimonial tanto por parte de quien los presta como de quien los recibe. Recuérdese la nota esencial en esta materia sobre las posibilidades de quien preste los alimentos y las necesidades de quien los recibe. Por tanto, son

susceptibles de ser fijados contractualmente de acuerdo a la normativa general del derecho de alimentos y las limitaciones que la naturaleza de esta materia impone.

Régimen económico del matrimonio

En este sentido la ley estatuye que los cónyuges o futuros cónyuges puedan regular el régimen económico de su matrimonio mediante un típico acuerdo de voluntades, que se denomina "capitulaciones matrimoniales", definidos por la propia ley como pactos que se otorgan los contrayentes para cstablecer y regular, precisamente, el régimen económico del matrimonio. Dichos pactos tienen un indiscutible carácter patrimonial, pues comprenden, conforme el artículo 121 del Código Civil, la designación detallada de los bienes de cada cónyuge, la declaración de sus deudas y la declaración sobre si adoptan cualquiera de los regímenes económicos (comunidad absoluta, separación absoluta o comunidad de gananciales) con todas las modalidades y condiciones a que quieran sujetarlo. No olvidemos que las capitulaciones matrimoniales deben inscribirse tanto en el Registro Civil como en el Registro de la Propiedad (en este último caso cuando se afectaren bienes inmuebles o derechos reales). Existe, pues, un acuerdo de voluntades del que dimanan obligaciones con efectos jurídicos.

Lo mismo sucede en el momento de la disolución del matrimonio y del haber conyugal, generándose obligaciones pecuniarias y derechos patrimoniales para las partes, en razón del régimen económico que se hubiese pactado.

Concluímos que los pactos de los que se habla en esta materia regulan relaciones de carácter patrimonial, por lo que creemos que sí se le aplica la norma contenida en el artículo 1517, puesto que se está creando o modificando una obligación entre los cónyuges, con lo que no se desvirtúa el carácter institucional del matrimonio, pues estos pactos no aplican propiamente al matrimonio mismo, sino a su régimen económico, lo cual es absolutamente razonable.

Contratación en derecho sucesorio

Las disposiciones generales de la sucesión testamentaria establecen que solamente se pued disponer de los bienes por medio de testamento Estamos de acuerdo con la afirmación de Jorge Mosse Iturraspe en el sentido que:

"El testamento, como fuente de reglas sucesoria dentro y fuera de la órbita patrimonial, no implica u contrato entre el testador y los sucesores. La mayo parte de la doctrina rechaza la tipificación de testamento como oferta para después de la muerte sostiene firmemente su carácter de negocio jurídic unilateral y autónomo."

Por lo tanto, queda desechada la asimilación entre e testamento y el contrato.

Sin embargo, se aplican directamente las normas de negocio jurídico (por ser el testamento uno de ellos a las distintas situaciones dentro del derecho d sucesiones.

En el caso particular de la partición de bienes, e cuanto a la suspensión de tal partición, la obligació recíproca de saneamiento y la rescisión de particione extrajudiciales, son aplicables a este campo d derecho civil lo que al respecto indica el régime contractual. (Artículos 1086, 1109 y 1118)

"Sólo puede suspenderse una partición, en virtud d convenio expreso de los interesados y por un términ que no pase de tres años."

"Los coherederos están obligados recíprocamente indemnizarse en caso de evicción de los bien repartidos."

"Las particiones hechas extrajudicialmente sól pueden ser rescindidas en los casos en que lo puede ser los contratos en general."

De esta forma, podemos concluir que solamen dentro del campo de la partición de bienes, en derecho sucesorio, podría ser aplicable el régim contractual, ya que las normas anteriore

encionan convenio, saneamiento y rescisión, que on instituciones propias de la contratación, pues se ncuentran reguladas dentro del TITULO V, ferente a OBLIGACIONES PROVENIENTES DE ONTRATO, aunque también son aplicables al egocio jurídico.

Conclusiones

oncluimos respecto a la obligación que nace de los ntratos, que es siempre de carácter patrimonial, a sea directa o indirectamente, pues de cualquier anera se traduce en una apreciación económica, o que es lo mismo, de valoración pecuniaria.

or otro lado, la contratación funciona dentro de la ma del Derecho Civil referente al Derecho de bligaciones, por excelencia.

in embargo, las consideraciones anteriores enotan que excepcionalmente puede aplicar y arse en ciertas instituciones del Derecho de amilia (específicamente en alimentos y en el egimen económico del matrimonio) y en ciertos erechos Reales, en ambos casos con las claraciones y limitaciones antedichas.

n cuanto al Derecho de Sucesiones, la contratación uede darse respecto a la partición de bienes, referentemente en cuanto a la suspensión de la artición, cesación del saneamiento y rescisión de s particiones extrajudiciales.

osé Guillermo Bonilla
abriela Mejía Retana
anilo Pineda von Ahn
laudia Aparicio Sutter
laudia Gasdaglis A.
oberto García Ovalle

studiantes de Derecho
FM

Bibliografía

1. ALBALADEJO, Manuel. **Instituciones de Derecho Civil.** Editorial Bosch. Barcelona, 1990. Tomo I, Parte General Derecho de Obligaciones.

2. MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Teoría General del Contrato.** Editorial ORBIR. 2a. edición. España.

3. SCAEVOLA, Quintus Mucius. **Código Civil.** Editorial REUS. Madrid, 1958. Tomo XX, De las Obligaciones y de los contratos.

4. GARRIDO, Roque Fortunato. ZAGO, Jorge Alberto. **Contratos Clviles y Comerciales.** Editorial Universidad. Buenos Aires, 1993. Tomo I, Parte General.

5. DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.** Editorial Tecnos. Madrid. Volumen I.

6. OJEDA SALAZAR, Federico. **Exposición de Motivos del Código Civil de Guatemala.** Decreto Ley No. 106. Guatemala, Centro América, 1966.

7. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho.** Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1944.

8. CASTAN TOBEÑAS, José. **DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL.** Editorial Reus, S.A. Madrid, 1988. Tomo III, Derecho de Obligaciones.

9. MANRESA Y NAVARRO, José María. **Comentarios al Código Civil Español.** Editorial REUS, S.A. Madrid, 1967. Tomo VIII, Volumen 2.

10. OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Cienclas Jurídicas, Polítlcas y Sociales.** Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981.

11. ROCA SASTRE, Ramón M. **Estudios de Derecho Privado.** Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948. Tomo I.

12. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Lengua Española.** XXI Edición. Editorial ESPASA. Madrid, 1992.

"Quienes olvidan la historia están condenados a repetirla."
Jorge Santayana

LA LIBERTAD SINDICAL, UN DERECHO INDIVIDUAL

Interpretación gramatical del concepto Libertad Sindical.

Aunque hay algunos autores que dicen que el concepto Libertad Sindical no tolera sólo una interpretación gramatical sino que exige, además, una toma de partido, lo que lógicamente conlleva la posibilidad esencial de la discrepancia,[1] nosotros no podemos partir que la significación de un concepto tenga que ser tomando como base un sentir, aunque sus palabras expresen según su significado algo distinto.

Es por ello que se hace necesario escudriñar el significado de las palabras para tener una idea clara del sentido que tiene una expresión.

¿Qué es la libertad sindical?, ¿a qué se refiere ese concepto ambiguo compuesto por una palabra que solo puede entenderse en un sentido individual como la libertad y otra, sindical, cuya significación es colectiva?

Para desentrañar el significado de esta expresión, vamos a acudir al método de la interpretación gramatical con el cual trataremos de descubrir el sentido de aquella locución.

LIBERTAD es aquella facultad que tiene el hombre para obrar o no obrar, de una u otra forma y por lo cual es responsable de sus actos.

El hombre actúa. Lo hace como él quiere, como a él le conviene, y por eso es libre, porque toma decisiones y las ejecuta sin obedecer a otro, caso en el cual sería un esclavo.

La libertad es una cualidad intrínseca al hombre, el hombre nació libre, no fue el derecho cl que le otorgó la libertad, pero esa libertad tiene límites, unos exigidos por la moral, otros por las creencias religiosas y otros por la necesidad de la convivencia social.

La palabra **SINDICAL**, significa lo relativo al sindicato, lo concerniente al sindicalismo, entendiendo por sindicato la asociación profesional de obreros, empleados o patronos que se proponen, como objeto, la mejora de las condiciones de trabajo de sus miembros[2] así como la mejora de sus condiciones económicas y sociales.

De ambas definiciones podemos inferir entonces: que LIBERTAD SINDICAL es la facultad que tiene el hombre de obrar o no obrar en una forma u otra en lo concerniente a los sindicatos.

Esta libertad sindical es, digamos, una forma de libertad, así como hay libertad de locomoción, libertad de expresión del pensamiento, libertad de industria y de comercio, también está la libertad sindical que sólo puede entenderse como la facultad que tiene el individuo como tal para decidir si se integra a un sindicato o no, si se retira o permanece en el sindicato en el cual está organizado o si apoya o no las actividades del mismo.

Esta libertad es individual, ya que es la persona la que considera hacer uso o no de esa facultad de decidir.

Cuando a una persona cualquiera se le obliga a hacer algo que no quiere, entonces se está limitando su capacidad de escoger y deja de ser libre.

El hombre en sociedad no pierde su individualidad.

¡Qué es la sociedad humana, sino la reunión de varios individuos!, ¿Podrá concebirse una sociedad humana sin hombres?, no, pero... Cuando el hombre se une a otros para el logro de fines comunes, ¿deja de ser un individuo particular, con intereses propios y deseos propios.?

1 Cfr. Cabanellas, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: 14va. edición, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1979.
2 Ibidem.

realidad es que el hombre es un ser gregario, le sta convivir y asociarse con los demás, pero por el cho de su asociación no pierde su individualidad, capacidad de razonar, ni el interés por lograr fines y personales. Los hombres se asocian con otros el propósito primordial de alcanzar cada uno sus tas propias independientes de las metas de los más y de las metas que como asociación pretenden; os se ayudan mutuamente, pero buscan alcanzar etivos diferentes.

ando el hombre en el ejercicio de su libertad, decide ociarse con otros, lo hace porque tiene puntos de ntacto, intereses más o menos comunes con ellos con los cuales se está asociando, son puntos ecíficos en los cuales él concuerda con los demás, que habrá un cúmulo de situaciones muy sonales que no concordarán con las del resto.

ora bien, es el hombre el que decide si forma parte o de ese grupo, es él y nadie más quien sabe si le viene o no pertenecer a tal o cual grupo; no se le ede obligar a pertenecer a una asociación con la il no comparte sus intereses, sus ideas o sus vicciones.

Nadie mejor que el individuo para saber lo que le conviene.

sociedad, no es, en ningún sentido una persona, rque no tiene las características, los dotes de una rsona humana, no tiene inteligencia, no tiene luntad, no es un ser.

único ser con capacidad, con inteligencia, con luntad, es el hombre y no la pierde por el hecho de ociarse con los demás.

y por ahí algunos autores que dicen que: "en la dida en que el hombre, en cuanto pertenece a una se, puede acceder al sindicalismo, su lividualidad resulta secundaria. Se convierte... en ser fungible sustituible por otro de especie y idad semejante; en un número y en un voto como mento de decisiones mayoritarias. Su voluntad o es válida para integrar una voluntad colectiva."[3]

Pensamiento más aberrante y ofensivo a la dignidad humana no puede haber. Cosificar al hombre para su utilización sindical es lo que buscan los que abogan por la sindicalización obligatoria.

La Libertad Sindical es un derecho individual, aunque su ejercicio sea en la colectividad.

No se puede hablar de libertad sindical como un derecho colectivo, porque es el individuo el que tiene la facultad para organizarse o no en sindicatos.

Es intrínseco al hombre su derecho de asociarse, es una conducta natural antes que una dádiva del ordenamiento jurídico, pero no es inteligible la libertad sindical como un derecho colectivo porque la colectividad no es más que la reunión de varias cosas o de varios hombres; la colectividad no es una persona y tendrá en todo caso los derechos que la suma de derechos de los individuos dé y no derechos intrínsecos a la colectividad misma.

¿Qué derechos tiene una reunión de hombres por ella misma si no la suma de los derechos que cada uno de ellos tiene?

Son los hombres los que tienen derechos, no el grupo de personas como tal.

Si el hombre quiere, porque concuerda con los fines y propósitos de una asociación, se une a ella, pero si él no quiere no se integra a dicha colectividad.

Obligar a un individuo a pertenecer a un sindicato es eliminar su libertad, es esclavizarlo bajo la dictadura de unos pocos que son los dirigentes sindicales que como dioses pretenden saber que es lo mejor para las personas. Es hacerlo menos hombre.

Los que abogan por la sindicalización obligatoria, son enemigos de la libertad, pretenden sojuzgar al hombre, y coartar su derecho de elegir.

Es indiscutible que un sindicato sólo pueda existir por la concurrencia de la voluntad de varios individuos; al igual que una sociedad anónima o cualquiera otra

[3] Lectura sobre la Libertad Sindical de Néstor De Buen.

persona moral, sólo adquieren existencia cuando un grupo de personas dispone su creación, pero esto no quiere decir que el hombre no tenga el derecho de asociarse. Aunque el hombre no se asocie sea profesionalmente o en otro tipo de asociación, su derecho a hacerlo está siempre latente esperando a que él lo ejercite, que lo haga realidad.

El Sindicalismo obligatorio atenta contra la Democracia.

Digo esto porque el sistema democrático es el único sistema que permite a los hombres, en el ejercicio de su libertad, escoger las autoridades que habrán de gobernarlos.

Son los que aspiran llegar al gobierno los que, haciendo uso de los diferentes sistemas o medios de convencimiento, tratan de ganarse la voluntad, la simpatía de los ciudadanos, a fin de lograr de ellos su elección.

Pero cuando es una ley la que ordena que los individuos de tal o cual clase tengan que adoptar tal o cual conducta y estar sometidos a determinados líderes, es entonces cuando se está atentando contra el sistema democrático, contra el hombre mismo, pretendiendo convertirlo de ser inteligente en borrego sin voluntad y sin libertad.

En Conclusión:

Lo que pretenden los que abogan por sindicalización obligatoria es sacrificar al homb para lograr sus fines personales, su bienest personal, apoyados por un grupo de individuos q muchas veces no saben ni qué están apoyando o q si lo saben y no están de acuerdo les es imposil oponerse a lo que la mayoría sin saber apoya.

La sindicalización obligatoria es una forma de tira que no respeta la libertad el individuo.

¿Quién asegura que lo que los dirigentes sindica quieren es lo mejor para todos?

Los sindicalistas quieren libertad para sindicalizar pero abogan por la coacción para obligar a todo seguirlos.

Es a través del convencimiento personal que individuo debe llegar a formar parte de u organización cualquiera, no se debe obligar a nadi pensar como los demás. Los sindicalistas, si quie que su movimiento sea efectivo, deben convencer a demás para que voluntariamente se adhieran a ellc no buscar en la ley el mecanismo para coaccionar a trabajadores.

Luis Fernando Villegas Lara
Estudiante de Derecho
UFM

"Para alcanzar las finalidades que se proponen, los planificadores tienen que crear un poder público -de unos hombres sobre otros- de magnitud hasta ahora desconocida; y su éxito dependerá del grado en que logren tal poder."

Friedrich A. Hayek

LA PENA DE MUERTE Y LA NECESIDAD DE SU ABOLICION

l pena de muerte se define como la sanción jurídica pital, la más rigurosa de todas, consistente en quitar vida a un condenado mediante los procedimientos órganos de ejecución establecidos por el orden ídico que la instituye.[1] Es la máxima sanción como nsecuencia de la realización de un delito, que en el mpendio jurídico guatemalteco se encuentra gulada por la Constitución Política de la República as distintas normas de orden jurídico inferior. Su storia es tan antigua como la propia humanidad, los eblos egipcios, hebreos, espartanos, etc. pueden r testimonio de ello, y era considerada como un strumento de carácter religioso, investido por un tiz legal; carecía de una amplia reglamentación y a utilizada prácticamente para cualquier delito. A l largo de esta historia, la pena de muerte se ha puesto con el fin de quitar la vida al condenado y hacerle sufrir como lo demuestran las diferentes rmas de ejecución -en su mayoría crueles y anumanas- que han evocado y estimulado el morbo la sociedad. El ejecutor podía ser un funcionario blico designado para el efecto o el propio raviado, y el día de la consumación de la pena era otivo de fiesta pública por el espectáculo que traía arejado. Todavía en 1889, la agencia de viajes Cook, organizar excursiones, incluía en sus itinerarios el ciente de la asistencia a una ejecución.[2]

s forma de manifestación es variada y extensa según l originalidad y el pensamiento de los pueblos, entre as se puede citar: la lapidación, el apaleamiento, el rrote, la crucifixión, el despeñamiento, la hoguera, descuartizamiento por tiro de caballos, la imersión, la cocción, la rueda, el ahogo en aguas ntanosas, la guillotina; y, modernamente, la silla éctrica, el fusilamiento, la cámara de gas y la yección letal. En Guatemala, el Procedimiento se cuentra regulado por el decreto 234 del Congreso la República.

Un aspecto importante al tratar este tema, es el de la finalidad que trae implícita toda sanción. La doctrina del derecho penal estipula que la pena, desde el punto de vista general, tiene que cumplir con la retribución del delito cometido, prevenir la comisión de nuevos delitos, ser un medio de seguridad social, procurar reformar y readaptar a la sociedad al delincuente, aspirar como gran fin de la pena, a la corrección. Si no se cumple con esta finalidad, la razón de ser de la pena queda sin fundamento. En el caso de la pena de muerte toca preguntarnos si verdaderamente está cumpliendo con el fin de la sanción. Con respecto a la retribución del delito cometido, a través de ella se castigan los delitos más graves, por ende se recibe la sanción mayor, pero habría que analizar si privando la vida al delincuente en verdad se está retribuyendo la acción cometida, si en verdad es un castigo, ya que en más de alguna ocasión ha sido un instrumento para que el condenado muera glorificado como héroe. El autor de un delito tan grave como los estipulados por la pena capital, a simple vista no es una persona normal o estable emocionalmente, siendo así, es muy difícil que al ser ejecutado, en verdad esté retribuyendo sus acciones, más que retribución es una simple venganza. Por aparte, las distintas formas culturales cambian de pueblo a pueblo, y lo que para unos es una manifestación de vida común, para otros es una grave acción que hay que sancionar, entra en juego la educación y el ambiente social de los agresores. La pregunta es, bajo qué parámetro se tiene que aplicar la pena máxima.

Con respecto a la prevención de nuevos delitos, la pena de muerte carece de eficacia intimidativa, pues la pena de prisión más grande es suficiente motivo como para que se busque la prevención. El hombre no mata solo por matar, debe existir una razón demasiado grande, ya que las características tan especiales, el desequilibrio y la fuerza interna de que

Enciclopedia Jurídica Omeba. (1975). Tomo XXI, pág. 973.
Sanz Mulas, N. Sistema sancionador y dignidad humana: La Pena de Muerte. pág. 89.

es partícipe el delincuente, lo obligan a actuar y a no pensar en el castigo. Además no existe ningún indicio que confirme, que con la abolición o aumento de la pena de muerte crezca o disminuya la criminalidad.

Al examinar si la pena capital cumple con dar seguridad, hay que tener en cuenta que en todo conglomerado humano hay un lazo de solidaridad que une a los hombres, y que no se puede sacrificar la vida de un ser humano en nombre de la seguridad social,[3] la vida está por encima del pacto social. En la consumación de una pena de muerte hay implícito un daño público que afecta a las estructuras de la sociedad, despierta instintos sanguinarios dentro de la comunidad, abre las puertas a más violencia y pone la legitimidad en la fuerza, implicando necesariamente violencia y destrucción. Por aparte esta institución ha sido utilizada como medio de fuerza política y de represión, aplicada en su mayoría a grupos marginales y desvirtuada por perjuicios políticos y raciales, dejando a un lado la defensa de la seguridad social. El producto de la pena de muerte es de odio, temor, saña, orfandad y desacomodo social.

Con respecto a la reforma, corrección y readaptación del delincuente, como destruye la persona del futuro readaptado, contradice por completo estos principios educativos, siendo la pena capital, contraria a los fines rehabilitantes de la sanción penal. Se viola por completo el sagrado derecho a la vida, y la dignidad (inherente a todo ser humano), se echa a la basura. La vida del hombre es inviolable, lo mismo para el Estado que para los particulares y parece tan evidente su respeto, que los espíritus tradicionales no experimentan la necesidad de hacer gran esfuerzo para demostrarlo.[4]

Una de las características esenciales de la pena capital es su "irreparabilidad" que necesariamente invita a su eliminación del aparato legal de cualquier Estado. "Ante una definitiva privación de la vida, no debe caber el más mínimo error. como esto no es posible entre humanos, preferible debe ser abolir una pena que, una vez cumplida o ejecutada es irreparable, y permitir al delincuente que goce de la vida, ante la tremenda realidad que se pueda cometer un solo error no corregible posteriormente."[5]

Según cuestionamientos que dirigiera el Comité Europeo para los Asuntos Criminales del Consejo de Europa en 1962, Alemania aceptó 27 errores judiciales en materia de pena de muerte entre 1853 y 1953; Inglaterra 11 casos entre el pasado siglo y el actual. De acuerdo a un estudio publicado por la Northeastern University, de 1900 hasta la fecha se han ejecutado 23 inocentes en los Estado Unidos.[6] Habría que preguntar si actualmente en Guatemala los jueces y defensores están lo suficientemente preparados y van a dedicar el tiempo suficiente para un caso de esta magnitud; y, cuál sería la seguridad de no cometer un error en la aplicación de la ley. Bajo este punto de vista es necesaria la abolición de la pena de muerte.

Por aparte de todo lo expuesto, es necesario presentar la tendencia abolicionista que tanto en el medio guatemalteco como a nivel mundial ha tendido la pena de muerte. En Guatemala se planteó la reforma a las leyes coloniales suprimiendo la pena de muerte en el siglo XIX, y aunque no se llegó a concretar, es un gran indicio de la tendencia que ha tenido. En la Constitución Federal de 1824, se redujo su ejecución únicamente a los delitos contra el orden público y el asesinato. La Constitución de 1945 limita su consumación a los varones mayores de edad, previa sentencia firme dictada por tribunal competente admitiendo a los menores de 70 años, excluyéndose los delitos políticos. La Constitución vigente expresamente limita a los mayores de edad, pero menores de 60 años, excluye a los reos de delitos políticos, admite todos los recursos y permite al Congreso de la República para que pueda abolirla en cualquier momento.

Internacionalmente son innumerables los tratados que rezan sobre su abolición, existiendo grandes esfuerzos por verla eliminada. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se limita definitivamente su aplicación y hay una clara

3 Cuello Calon, E. (1968). Derecho Penal. Pág. 769.
4 Leclercq, J. (1965). Derechos y Deberes del Hombre. Pág. 86.
5 Conrado, A. 1986. 15 Fusilados al Alba. Pág. 139.
6 Prensa Libre 28/08/95. Pág. 93

terminación por ver erradicada del ámbito ıericano la aplicación de la pena de muerte. La amblea Nacional de las Naciones Unidas (1971) conoce como su objetivo central, la restricción ogresiva de la pena de muerte y recomienda reducir listado de delitos castigados. Las Naciones Unidas el Congreso para la prevención del delito y tamiento del delincuente (Ginebra, 1975), piden a gobiernos cesar el uso de esta pena. Según nferencia de Amnesty International (1977), la pena muerte es el más cruel, inhumano y degradante de castigos, violatorio además del derecho a la vida. egún un reporte de la Organización de las Naciones idas (4-85), la pena de muerte ha sido abolida en los los países Centro América a excepción de atemala.

pena de muerte es una práctica repugnante para a sociedad civilizada, suprimiendo al delincuente se suprime el delito, y si a través de la luchas o-derechos humanos, se logró suprimir a las penas rporales por violatorias de la dignidad de las rsonas, qué se espera para suprimir la pena de uerte, la mayor sanción corporal. Hace casi dos mil os existió un hombre que revolucionó a la manidad, nos invito a "Amad a nuestros emigos", y murió injustamente condenado a la pena muerte.

car Augusto Rivas Villaneva
cultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
iversidad Rafael Landívar.

FERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

tiz Moscoso, A. (1994). **Pena de Muerte y rechos Humanos: Un tema de nuestro tiempo.** atemala: Procurador de los Derechos Humanos.

nz Mulas, N. **Sistema sancionador y dignidad mana: la pena de muerte.** España.

Beristain, A. (1986). **Derecho Penal y Crimlnología.** Colombia: Editorial Temis, S.A.

Bacigalupo, E. (1989). **Manual de Derecho Penal.** Colombia: Editorial Temis, S.A.

Cuello Calon, E. (1968). **Derecho Penal.** España: Bosch, Casa Editorial.

Anton Oneca, J. (1940). **Derecho Penal.** España: Instituto Editorial Reus.

Alonso, C. (1986). **15 Fusilados al alba.** Guatemala: Serviprensa Centroamericana.

Leclercq, J. (1965). **Derechos y Deberes del Hombre.** España: Editorial Herder.

Messner, J. (1967). **Etica social, política y económica a la luz del Derecho Natural.** España: Ediciones Rialp, S.A.

Enciclopedia Jurídica Omeba. (1975) Argentina: Ancalco, S.A.

Amnesty International. (1977). **Conference on The Abolition of The Death Penalty. Declaration of Stockholn**

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). **Declaración Universal de Derechos Humanos.**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

Consejo Económico y Socia de las Naciones Unidas. (1985). **Reporte de la Secretaría General sobre la Pena de Muerte.**

Prensa Libre. La pena de muerte en Estados Unidos. (28 de agosto de 1995).

Mariñas Otero, L. (1958). **Las Constituciones de Guatemala.** España: Instituto de Estudios Políticos.

"Algunos consideran la empresa privada como un tigre peligroso que hay que cazar. Otros la consideran como una vaca que ordeñar. Muy pocos la ven como lo que es, un caballo de tiro jalando un pesado vagón."

Winston Chrurchill

A propósito de...

TOMAR LA JUSTICIA POR LA PROPIA MANO

"¿Quién mató al Comendador?
-Fuenteovejuna, Señor.
-¿Y quién es Fuenteovejuna?
-Todos a una."

Lope de Vega

Para quienes no conozcan, o mejor dicho, no la hayan leído, la estrofa con que he iniciado este comentario, pertenece al célebre drama histórico **"Fuenteovejuna"** cuyo autor fue el llamado **Fénix de los Ingenios.** Pero hoy no pienso hablar de literatura, así que si alguien quisiera saber más, simplemente le recomiendo leerla.

Siempre había querido hacer un comentario que iniciase con dicha estrofa. Y, tristemente he encontrado la justa ocasión para ello. No hace muchos días corrieron unas noticias que, resumiendo, podrían quedar así: los sufridos vecinos de ciertos sectores, cansados de temer día y noche por sus vidas y propiedades, y más cansados aún de ver que los causantes de sus angustias ni con prisión enmendaban, se vieron en la necesidad de buscar algún remedio. Imagino que no debieron cabildear mucho, pues la respuesta a su inquietud fue muy sencilla: **ladrón visto, ladrón apaleado y mejor que muerto haya quedado.** Drama diario y cierto donde los actores son nuestros conciudadanos. La medida adoptada ha sido muy bien acogida por la mayoría de los pobladores que ya no ven ni como sacudirse el terrible azote delincuencial.

Pero el asunto es que, el populacho ha reaccionad como fiera acorralada (y disculpen si suena grotesc la comparación): el tratar de hacer justicia con l propia mano es una medida que nos enví directamente a los tiempos de salvajismo, y con ell simplemente se aplica un castigo y no un remedio. E triste la situación, ¿verdad?.

No quisiera que algún día se dijera, a lo **Lope de Veg**

"¿Y quien mató al ladrón?
-Los vecinos, señor.
-¿Y quiénes son los vecinos?
-Los que por aquí vivimos."

Ingrid Y. Garzaro Porres
Facultad de Derecho- Jornada Matutina
Universidad de San Carlos de Guatemala.

"La felicidad no consiste tanto en la abundancia de bienes como en la posibilidad de gozarlos en la paz y seguridad de su posesión."
David Hume

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Introducción

l presente trabajo constituye un estudio de las rmas sobre la interpretación de los contratos, ntenidas en el Código Civil guatemalteco, las cuales rman una parte importantísima en la Teoría General l Contrato.

n objetivos de esta investigación:

1. Informar al lector interesado respecto del origen, historia, finalidad y naturaleza, entre otros aspectos, de las reglas de interpretación de los pactos.

2. Determinar la importancia de la existencia de estas normas y su relación con las reglas de interpretación de la ley.

3. Ofrecer un análisis crítico y comparado de cada una de las reglas de interpretación de los contratos.

ra integrar este trabajo se tuvo a la vista libros de octrina, diccionarios jurídicos, leyes y entrevistas, n lo cual se logro dar a este estudio el fundamento gal que naturalmente originó su existencia.

I. El concepto y las consideraciones generales

l igual que para responder, el individuo debe nocer a cabalidad la pregunta formulada; para que contrato tenga viabilidad plena (validez y eficacia), necesario que se fije y conozca por completo eviamente su contenido y estructura.

el contrato está definido perfectamente, no se esenta problema alguno de interpretación, pero se n numerosos supuestos, en los que esta tarea debe sempeñarse, ya sea por la celeridad de su lebración, por inexperiencia de las partes, por mala de una de ellas o cualquier otra causa que provoque e las cláusulas contractuales se muestren ambiguas, oscuras o contradictorias. No se cuenta, entonces, con la claridad necesaria y la certidumbre deseada. Es en este momento, donde aparece el mecanismo de la interpretación, con el objeto de brindar al vínculo o a la relación obligatoria, la fuerza y precisión necesaria.

"Interpretar un contrato es, en términos generales, determinar sus efectos". [1] Es decir, aquel procedimiento que procura descubrir el recto y real sentido de las estipulaciones de los pactos, a fin de que su actuación sea posible.

II. Los principios que rigen la interpretación de los contratos

La definición citada en el apartado que precede, aunque útil, deviene insuficiente para comprender el alcance de la actividad interpretativa de las convenciones; por lo que se hace necesario, además, precisar los principios que deben guiar esta tarea.

A. La buena fe

Este principio significa, que el sujeto que forma parte de la relación contractual, cree y confía que la declaración de voluntad producirá, en un determinado caso, sus usuales consecuencias, las cuales ordinaria y normalmente se producen en casos de igual naturaleza. Así, dicen Aubry y Baudry: "la buena fe no es otra cosa que el respeto a la intención inicial que ha prescindido la formación del contrato".[2]

De esta máxima fundamental de la buena fe, se desprenden otros principios que, aunque derivados, no deben considerarse menos importantes:

a. El juez no debe ceñirse estricta y ciegamente al significado técnico-jurídico de las palabras usadas o de la conducta de las partes.

Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Español. Talleres Tipográficos Cuesta: España, 1937. Pág. 288.
Ibid. Pág. 289.

b. Los usos y costumbres sociales tienen una importancia fundamental en la interpretación de la declaración de voluntad.

c. Las cláusulas de la declaración de voluntad no deben interpretarse aisladamente, sino de acuerdo a su contexto general.

d. La buena fé en los negocios jurídicos impone la obligación de hablar claro.

B. Las circunstancias del caso

Las circunstancias de hecho que formaron la atmósfera en que se manifestó la declaración de voluntad, tienen una enorme importancia al llevar a cabo la interpretación del convenio, permitiendo valorar el sentido y significado de las palabras, ya que "las mismas palabras, idéntica conducta, tienen un significado totalmente distinto, si las circunstancias difieren".[3]

Por ejemplo, si una persona entra a un negocio de alquiler de bicicletas y le dice al dueño: "la usaré por una hora"; y éste le contesta: "está bien", se entiende que el que la llevó tendrá que pagar la tarifa fijada (en la pared, o en un listado de precios accesible al público). Sin embargo, si las mismas palabras se pronuncian entre hijo y padre, se entenderá que solamente se la prestó, y no que la relación deviene en un locación o alquiler, porque eso es lo natural atendiendo a su parentesco. Si el padre quería cobrar, debió haber contestado: "Si, pero pagando".[4]

C. El fin práctico

Todo acto jurídico se lleva a cabo persiguiendo un fin práctico, el cual, la mayoría de las veces, resulta ser de orden económico. El juez debe tener siempre presente este fin cuando lleve a cabo la interpretación de los pactos, buscando, con su fallo, el cumplimiento del mismo, ya que como bien dice Danz: "Determinado el fin económico, es deber del juez ayudar a las partes a alcanzarlo".[5]

D. La conducta posterior y anterior de las partes

No podrán las partes ampararse en un principio de interpretación dudosa, cuando con su conducta posterior han demostrado sin equivocaciones el significado y alcance de la convención.

Es importante, no obstante, tener presente que la conducta posterior debe considerarse cuando perjudica a la parte que la ha seguido; porque de lo contrario, sería muy fácil para las partes separarse del recto entendimiento de un pacto, mediante la realización de actos que la contraparte ignore y que luego serán pruebas en su favor ante el Organo jurisdiccional.

Para considerar en la interpretación los actos anteriores a la declaración de voluntad, debe el juzgador extremarse en la prudencia, descartándolos por completo si estos resultan contradictorios a lo expuesto en los términos del contrato definitivo. Esto porque es en la celebración del pacto cuando las partes llevan a cabo un ajuste final de sus condiciones, modificando lo propuesto, lo deseado y lo indicado por la conducta previa al contrato.

E. La naturaleza del contrato y su vivencia

Esta consideración es importante para llevar a cabo la interpretación del contrato, ya que permite encontrar no solamente el sentido del convenio, sino también los efectos jurídicos en que deviene el acto. Por otro lado la vivencia del contrato proviene del antiquísimo principio jurídico que señala que: cuando se lleve a cabo la labor interpretativa, en vez de buscarse, debe rehuirse las soluciones que den por resultado el que los contratos no puedan valer. "En derecho, como en el orden natural, existe la ley biológica del horror a la muerte; la nulidad del pacto es la muerte".[6]

3 Borda, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil.** Editorial Perrot: Argentina, 1970. Pág. 143.
4 Ibid. Pág. 143.
5 Ibid. Pág. 144.
6 Scaevola, Quintus Mucius. **Código Civil Español Concordado y Comentado.** Editorial Reus: España, 1958. Pág. 865 del Tomo XX.

. El principio del favor debitoris

a duda debe resolverse en favor del deudor, ya que interpretación de los pactos tratará de llegar lícita y stamente al balance de las prestaciones, sicionando a las partes, lo más posible en niveles roximados.

III. Las normas que regulan la interpretación de los contratos y la labor interpretativa del juez

ebido a que las dudas suscitadas acerca de las partes, s propósitos, cláusulas y demás aspectos de los ntratos son fuente de innumerables pleitos y de stantes delitos, los legisladores se han visto otivados, desde la época clásica del Derecho, a ctar ingeniosas normas que fijen los parámetros ra llevar a cabo la imprescindible labor de terpretación de los pactos; normas que se basan ndamentalmente en los principios explicados en el rágrafo que antecede, los cuales presiden esta portante tarea.

tas normas han sido reproducidas por la neralidad de los códigos civiles y el nuestro no es la cepción. El decreto 106 o Código Civil atemalteco contiene dichas reglas en el capítulo VI, ulo V de la primera parte de su libro de las bligaciones (ver artículos 1593 a 1604).

juez se interpone al interpretar los contratos, entre s destinatarios de la interpretación, es decir, uéllos que mediante el hablar o escribir de uno y el tender o el leer del otro no han conseguido tenderse; por lo que estos preceptos facilitan, sin gar a dudas, la labor interpretativa-mediadora del ez.

terpretar, así entendido, se resuelve en comprender ra lo cual el juez estudiará a profundidad el ntrato de donde ha surgido la controversia, cuchará los discursos de las partes, de los testigos, erá los documentos presentados y los escritos de gor, etc. Pero ¿es esto todo o debe hacer algo más? lgún oficio preparatorio, tal vez?

Por supuesto que lo realiza. El llamado a decidir deberá COMPRENDER a cabalidad los códigos y las leyes aplicables, antes de comunicar a las partes aquello que quieren saber de él: a quién asiste el derecho y la razón.

Tenemos entonces que, al resolver el juez hará comprender a las partes —actividad comunicativa— lo que el ha comprendido con base en la ley —actividad cognoscitiva—.

La actividad cognoscitiva o de aprendizaje responde, desde luego a la absoluta necesidad del análisis e interpretación de la ley, lo cual ocurre cuando el juzgador se ve obligado a: "interpretar a su vez, los preceptos de interpretación de los contratos". [7] (Ver Anexo 1)

Por tanto, el juez interpretará el contrato a la vez que comprenderá e interpretará las normas que regulan la comprensión de los pactos (artos. 1593 a 1604), pues deberá luego hacérselas comprender a las partes, desde que son estas últimas aquellas a quien esta destinada la norma que él tiene el cometido de interpretar.

IV. Los medios para la interpretación de la ley

Para dar con el sentido cabal de la ley (sea esta de interpretación de contratos o referente a cualquier otra materia) se necesitan varios medios, pero estos solamente conducirán a los fines deseados si son utilizados armónica y complementariamente, y no en forma excluyente o aislada.

Es por ello que toda interpretación de ley debe basarse siempre en las reglas de la gramática y en las del pensamiento, ya que la ley no es solamente letra muerta, sino que encierra un contenido espiritual, por lo que debe hacerse a la vez, INTERPRETACION LITERAL e INTERPRETACION LOGICA..

El hecho de separar en dos la actividad del intérprete, quien no puede hacer a un lado ni la investigación sobre la palabra y tampoco la relacionada al significado de la ley, es partir lo que

Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Ediciones Pirámide: España, 1976. Pág. 370

por su naturaleza resulta indivisible, y esto puede ocasionar prácticas erróneas, pues en base a esa distinción podría creerse que basta, en principio la interpretación gramatical y que sólo en algunos casos es necesaria la interpretación lógica.

Con frecuencia, no es posible obtener de la interpretación literal más de lo que extraemos con la simple lectura del texto legal. Fijado el significado literal de la palabra, no se ha alcanzado por eso el objeto de la interpretación, pues el sentido de la ley sólo puede lograrse mediante el empleo de la lógica. "La letra es el punto de partida, y el pensamiento el de llegada". [8]

Recurrir a la historia de la norma legislativa (INTERPRETACION HISTORICA) y tener en cuenta el lugar que esta ocupa en el sistema (INTERPRETACION SISTEMATICA) aunque no son más que medios para descubrir el pensamiento del legislador, resultan también de gran relevancia.

Nuestra legislación contempla las reglas de interpretación de la ley en la Ley del Organismo Judicial (Dto. 2-89), de las cuales, a continuación, enunciaremos las principales:

a. Es necesario atender al significado gramatical de las palabras consideradas no sólo en forma aislada, sino en su contexto y de acuerdo con la Ley Fundamental. (art. 10 LOJ párrafo primero)

A nuestro criterio no es correcto tomar esta regla en el sentido de que habiendo un conflicto entre el significado literal y el lógico prevalezca el elemento gramatical, ya que consideramos que es necesario otorgarle importancia a la letra de la ley, solo porque esta nos servirá para encontrar la intención del legislador. Es de suponer, que aquél manifestó su pensamiento con el lenguaje que consideró apropiado. "Cuando el significado literal contradiga a lo que por otros caminos resulta ser el sentido de la ley, es la lógica la que debe predominar sobre la filología y la gramática". [9]

b. Las palabras deben entenderse en su sentido propio; además, es preciso tener en cuenta lo que sobre ellas declare el Diccionario de la Real Academia Española y en su defecto, el significado qu tenían en el tiempo y lugar en que fueron escritas. (art 11 LOJ)

c. Para descubrir el verdadero sentir de la ley, no e suficiente atender al significado de las palabra contenidas en una sola disposición, pues es necesari poner en correlación un precepto con los demás qu le sean afines y con los cuales forma toda un institución jurídica; aún más, resulta de much utilidad poner la norma en relación con institutc análogos. (art. 10 LOJ, inciso c)

d. Los principios fundamentales del Derecho y su fi último (justicia alcanzada por medio de la equidac tiene una importancia enorme en la interpretación d las normas, ya que por su medio puede percibirse d qué principio es derivación la noma singular de la le y se entiende a cabalidad su fin práctico y el límite d su alcance. (art. 10 LOJ, inciso d)

e. Es necesario tener en cuenta la ratio legis; es deci el objeto práctico que la ley se propone lograr. Es mu recomendable tener gran cuidado en descubrimiento de este objetivo, pues a una mism disposición de ley pueden atribuirse distint finalidades. (art. 10 LOJ, inciso a)

f. Por último, es indispensable tener en cuenta elemento histórico. "Así como no son nuevas u gran parte de las relaciones jurídicas, tampoco lo sc muchas de las disposiciones legislativas que n rigen, las que unas veces constituyen la reproducció de un derecho precedente, y otras la modificación d mismo". [10] (art. 10 LOJ, inciso b)

En el elemento histórico entra también el estudio la legislación comparada (legislaciones extranjer vigentes en la actualidad), si han tenido una influenc directa o indirecta sobre la legislación que se de interpretar.

Las normas contenidas en los artículos 12, 13, 17, del mencionado cuerpo legal, resultan también mucha utilidad para llevar a cabo la interpretación la ley. (ver anexo 2)

8 Coviello, Nicolas. **Doctrina General del Derecho Civil.** Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana: México, 1938. Pág. 76.
9 Ibid. Pág. 77.
10 Ibid. Pág. 79.

ıálisis de la disciplina legislativa que rige la ıterpretación de los contratos en el Derecho Civil ıatemalteco

ı metodología a seguir :

I. Medios para la interpretación

a doctrina señala varios medios para verificar la ıterpretación, según los cuales ésta se distingue en ramatical, lógica, histórica y sistemática. Las normas ue a continuación se analizarán serán objeto de ıvestigación desde todos los elementos o métodos de ıterpretación antes mencionados.

onsideramos que esta es la forma correcta de llegar de alcanzar el verdadero sentido de la ley, pues omo ya se dijo antes estos sistemas de interpretación ejos de ser utilizados excluyentemente, deben ser mpleados en forma complementaria.

II. La interpretación de acuerdo a la índole del interprete

on solo poner atención al distinto modo de hablar ntre el jurisconsulto y el juez se evidencia la nportante diferencia entre la interpretación doctrinal la interpretación jurisdiccional. Como bien ilustra arnelutti: "El jurisconsulto habla de "Tisio" o de Cayo", de "A" y de "B"; el juez le da al hombre su ombre y apellido. Solamente es él quien tiene que abérselas con una criatura de carne y hueso". [11]

a transformación que sufre la ley por obra del juez es ı más profunda que se puede llevar a cabo por lo que onsideramos que el análisis de la interpretación debe epararse según la persona quien la realiza. Cada orma será estudiada primeramente en atención a la ıterpretación doctrinal y legislativa (aquella que se realiza atendiendo a las observaciones de los autores consultados y de acuerdo a la ley que aclara el sentido de las demás leyes –LOJ–), y luego, de acuerdo a la interpretación jurisdiccional (aquella llevada a cabo por el juez).

III. Esquema del análisis crítico

A) La copia textual del artículo.

B) Los precedentes en nuestra legislación.

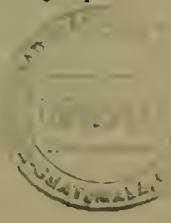
C) La interpretación científica y legislativa del precepto.

1. La interpretación gramatical o literal.
2. La interpretación lógica o de finalidad.
3. La interpretación subjetiva o de dntención del legislador.
4. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.
5. La interpretación histórica y legislación comparada.

D) Las bases para la correcta interpretación jurisdiccional del precepto.

1. El problema que origina la interpretación y su solución.
2. La función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

E) La ilustración del precepto por medio del ejemplo.



11 Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Edición Jurídica Europa-América. Argentina, 1971. Pág. 168.

IV. Los resultados de la Interpretación

Teniendo la interpretación de los contratos por objeto indagar y definir el sentido de los pactos, puede llegar a diversos resultados, de los que cuatro son los principales y corresponden al diverso contenido que puede encontrarse en las normas de interpretación de las convenciones.

Estas normas pueden declarar tan solo el significado o sentido de las palabras, frases o cláusulas de los pactos; o extenderlas, restringirlas o incluso señalar culpabilidad. De todo esto, surge la distinción que comúnmente se hace entre interpretación auténtica, declarativa, extensiva, restrictiva y de culpabilidad.

Puede incluso ocurrir que no se lleve a cabo una interpretación, pues las partes ya han interpretado por sí mismas la voluntad propia.

Encontramos que en nuestro Código Civil las normas se encuentran desordenadas, lo cual provoca incomplitud e incomprensión en muchas ocasiones; por lo que, siguiendo a Giorgi, abandonaremos el orden de este cuerpo legal, prefiriendo un método más racional, en atención a los resultados últimos buscados por las normas de la interpretación de los contratos. (Ver anexo 3)

I. La interpretación autentica

Esta interpretación es aquella que emana o procede del propio autor.

1593:

"Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

A) Los precedentes en nuestra legislación

El Código Civil guatemalteco de 1877, siendo la fuen histórica de nuestro código civil actual, establece forma literal en su artículo 2431 lo siguiente:

"En todo contrato debe atenderse más a la intenci común de las partes que al sentido literal de l palabras".

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La Interpretación gramatical o literal

Gramaticalmente, y de acuerdo a lo que establece Diccionario de la Real Academia de la Leng Española, puede entenderse que esta norr literalmente dice que: si cada una de las palabras q sustancialmente integran el pacto (términos) distinguen bien, son inteligible y fácil de entenc (clara), por lo que no provocan una suspensión indeterminación del ánimo entre dos juicios (dud sobre la determinación de la voluntad en orden al de la convención (intención), se estará conforme a letra del texto, o al sentido exacto y propio y no l ni figurado de las palabras (literal) en cada una de disposiciones del contrato (cláusulas).

El segundo párrafo de esta regla de interpretac contempla la palabra "evidente", la cual de entenderse como aquello que es indudable o patet pues se logra probar con una leve precepción. intención prevalecerá entonces, sobre aquel palabras claramente contrarias a ella.

2. La interpretación lógica o de finalidad

La norma tiene como finalidad la averiguación d intención de las partes contratantes, del objeto en los otorgantes se pusieron de acuerdo. mencionada intención ha de deducirse de los ac coetáneos y posteriores a la celebración del conti ya que si se tomaran en cuenta, para la revelación voluntad (finalidad) los actos anteriores al mism estaría incurriendo en error, pues la preparación contrato podría estar acompañada de cie inseguridad de ideas, debido a que en este c el pensamiento es vago e indeciso.

hora bien, en caso de existir alguna duda respecto e la intención, es decir respecto de la inteligencia de contrato ya sea porque hay términos breves o nfusos en éste, los únicos que pueden explicar su ojeto, condiciones y límites son, como se dijo con telación, los actos inmediatos y posteriores de los organtes referentes a lo que se convino, ya que éstos anifiestan con toda claridad la intención de los ntratantes y como la entendieron ellos. Por otro do, el sentido literal de los contratos es fuente imera de interpretación y vale en tanto sea presión exacta de la mente porque es necesario reciar la conformidad del espíritu con el texto, para cual es imprescindible un juicio previo realizado r la competencia judicial en caso de existir ntraposición de intereses.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador

intención rige siempre por encima del texto ya que e prevalece tan sólo cuando es el diseño de la isma. Esto es que la intención debe prevalecer mpre cuando esté en oposición manifiesta con el ntexto del contrato ya que el consentimiento se nda en la voluntad misma. Lo anterior puede marse como el motivo del legislador para dictar la rma en cuestión.

n embargo, para juzgar de la intención de los ntratantes, deberá atenderse más principalmente a s actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. legislador no ha puesto ningún obstáculo ni ha itado el número y calidad de los hechos inductores, ro si aconseja que se tomen en cuenta incipalmente los actos coetáneos y los bsiguientes, porque éstos revelan la voluntad ejor que los actos preparatorios. El legislador al anear las reglas de metodología ha estado muy udente advirtiendo el riesgo, en cuanto al índice de ror interpretativo, cuando se toman en cuenta los tos preparatorios, aunque no niega la posibilidad de ilizar dicho elemento al juzgador que realiza la terpretación.

4. La interpretación sistemática

s otras normas de interpretación de contratos se ilizarán, siempre y cuando no pueda llevarse acabo interpretación auténtica con base en la regla del tículo 1593.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

En cuanto a la naturaleza de la institución podemos decir que: si la palabra, la letra plasmada en la norma es el reflejo de la mente, ésta es la que rige, de lo contrario la intención prevalecería sobre el texto. De esto se deduce la razón por la cual el elemento intencional prevalece sobre el elemento gramatical, razón que nos lleva al principio del cual esta norma deriva su naturaleza: principio de la HERMENEUTICA JURIDICA la cual reza, que al momento de presentarse un conflicto éste nunca puede dejarse sin resolver, por lo que es necesario recurrir a la investigación de la intención de las partes sobre lo que quisieron contratar. (Teoría clásica de la interpretación). En igual forma, rigen los principios de la libre contratación y el de la autonomía de la voluntad.

6. La interpretación histórica y legislación comparada

Esta institución ha tenido su origen en la legislación Romana la cual dió vigencia a la norma metodológica en varios textos.

"In animus orationibus maxime sententia spectanda est erus qui eas protulisset."

En las oraciones dudosas se debe atender particularmente a la intención de quien las pronunció. (Digesto, Libro L, Título XVII, regula 96)

"In contractibus rei veritas potlus quan scriptura perspici debert."

En los contratos se debe atender más bien a la verdad de la cosa que a lo escrito (Codez, libro IV titulo XXII)

En cuanto al Derecho comparado podemos mencionar las normas referentes al tema de los códigos siguientes:

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente

de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquélla. Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente los actos de éstos, ya sea coetáneos como posteriores al contrato".

FRANCIA: "Débese buscar en las convenciones cuál ha sido la común intención de los contratantes mejor que no el sentido gramatical de los términos".

ITALIA: "Intención de los contratantes: al interpretar el contrato se deberá indagar cual ha sido la intención de los contratantes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aún posterior a la conclusión del contrato."

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

BOLIVIA: "En las convenciones se debe averiguar cuál ha sido la común intención de las partes, más bien que sujetarse al literal de los términos".

CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de los términos".

PERU: "Para la mejor inteligencia o interpretación de las cláusulas dudosas, deben investigarse cual fue la intención de las partes al celebrarlo. Concurren al conocimiento de esta intención el sentido de las demás cláusulas del contrato o de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona, las costumbres del lugar y todas las demás circunstancias que contribuyan al mismo fin".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución

Al momento en que el texto es claro, no hay nada que interpretar ya que donde hay luz no hay porque buscar oscuridad. Esto es, que la norma de interpretación, dado el caso anterior, no es susceptible de interpretación por lo que la solución es guiarse o basarse en el sentido literal de las cláusulas o términos, sin duda alguna.

Ahora bien, el problema surge cuando la intención e contraria con las palabras por lo que es indispensabl hacer que la primera prevalezca sobre ellas. L solución es hacer revelar la intención de dos distinta maneras:

a) Claramente en sentido literal.

b) Por apreciación mental cuando es contraria l expresión textual del documento a la intenció evidente de las partes.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación

El juez por su parte, no debe circunscribirse de maner estricta al significado técnico-jurídico de las palabr utilizadas o de la conducta de las partes Generalmente se emplean impropiamente término por ignorancia de su significado jurídico. Si n obstante, la voluntad de las partes resulta clara, el jue debe hacerla prevalecer. Es así, que se acepta criterio de Danz según el cual las declaraciones d voluntad deben interpretarse con criterio d "profano", como lo haría una persona razonable qu no sabe de leyes, pero sí de la vida.

De manera que, la interpretación judicial se efectiviz cuando hay desaveniencias entre las partes en cuant al modo de cumplir el contrato, y si aquéllas han fijad las reglas para dirimir la duda, el juez debe respet ese derecho basado en la amplia libertad de las parte

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Sentencia de 19 de febrero de 1963. (Guatemala)

El actor demandó daños y perjuicios ocasionados su mercadería que tenía en la bodega del local que habían dado en arrendamiento los demandados, un edificio de varios pisos propiedad de éstos. L demandados contestaron negativamente la deman y contrademandaron el pago de una suma q afirmaron haber gastado en reparaciones. l sentencia de Primera Instancia declaró con lugar demanda en lo que se refiere a la acción de daños perjuicios; absolvió la contrademanda. La Sala revo en lo que toca a la condena por daños y perjuicios.

lterpuesto el recurso de casación por el actor iginal, prosperó. Dijo la Corte:

a En cuanto al error de hecho alegado, que la Sala bía en él al no tomar en cuenta la prueba aportada: nfesión de los demandados, inspecciones oculares, iforme del Departamento de Ingeniería Municipal, rtificación del juzgado de Inquilinato y claraciones de testigos.

b En cuando a las reparaciones locativas: "... licando las reglas de la hermenéutica jurídica en la terpretación de los contratos, debe estarse imordialmente a la intención de las partes ntratantes, de donde se evidencia que lo dado en rendamiento no es todo el edificio, sino parte de él e las obligaciones derivadas de este convenio, ben circunscribirse necesariamente al local o locales rendados, cuyas reparaciones locativas, estaba ligado a efectuar el demandante. En el caso de udio salta a la vista que no se trata de estas ligaciones, ya que con la prueba documental timonial rendida y que ya se ha detallado, queda mostrado que los daños y perjuicios causados se bieron a deficiencias en la estructura del edificio y lo cual son responsables sus propietarios como egóricamente lo dice la sección de Ingeniería nicipal en el detallado informe rendido, cuya eba no fue controvertida, corroborando de acierto declarado por los testigos antes mencionados y lo cho constar en las inspecciones oculares, cediendo en consecuencia un fallo de condena, a cto de que por medio de expertos se fije la suma que demandados deben entregar en concepto de lemnización al actor.

II. La interpretación declarativa

Esta es el tipo de interpretación que se ciñe a las palabras dudosas u oscuras de un texto, sin extenderse a más ni a menos de lo que su sentido inmediato manifiesta.

1595:

"Las frases y palabras que puedan interpretarse en diverso sentido, deben entenderse en aquél que sea más conforme con la materia del contrato".

A) Los precedentes en nuestra legislación

El Código Civil de 1877, establece de forma literal en su artículo 1286 lo siguiente: "Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

B) Los precedentes en nuestra legislación

1. La interpretación gramatical o literal

En concordancia con lo que señala el Diccionario de la Real Academia Española en cuanto a la literalidad de este artículo, podemos interpretarlo como sigue: las palabras y conjuntos de ellas que puedan comprenderse de distintas maneras, deben entenderse en aquel que corresponda al objeto del contrato.

2. La interpretación lógica o de finalidad

La principal finalidad de este precepto es respetar el principio de autonomía de la voluntad, ya que desde el momento en que existe la intención de contratar y convenir sobre alguna materia están actuando bajo dichos principios porque de común acuerdo y sin presión alguna se han decidido a pactar sobre algún objeto en específico; constituyen de este modo la más importante interpretación, aquella que investiga la evidente manifestación de la voluntad humana que existe entre las partes y que se manifiesta en forma concreta en lo pactado entre ellos.

Por lo que las palabras de doble sentido o que tengan varias acepciones deberán interpretarse en aquel que más conviene a la materia del contrato. Debiéndose rechazar así las interpretaciones:

a) Que produjeran la nulidad del contrato;

b) Que resultaran contraria al fin deseado por los contratantes;

c) Que hiciera considerar a éstos como personas de poco juicio.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

El legislador pretende, con el dictado de este precepto, que la actividad interpretativa del juzgador se reduzca a descubrir la intención que al obligarse las partes debió preexistir entre las mismas, es decir, tomar por sobre todo la manifiesta voluntad de las partes al contratar.

Es decir, que siempre deberá respetar la voluntad de las partes, las cuales por medio de la libre contratación han decidido convenir y darle valor y eficacia al contrato que pacten entre ellos.

4. La interpretación sistemática.

Este es el tipo de interpretación declarativa, pues no hace más que ceñirse a las palabras o frases del texto que puedan entenderse por diversos sentidos. Su aplicación debe observar, por tanto, las demás normas que responden a este tipo de interpretación.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto

En la presente norma vemos consagrado el principio de la autonomía de la voluntad y el principio interpretativo que atiende a la naturaleza del contrato y su materia para buscar su real sentido.

La interpretación deberá ceñirse a los principios mencionados con anterioridad ya que no podrá pasar por encima de la libre voluntad de las partes en el momento de contratar, y deberá tomar en cuenta antes que nada lo que las partes hayan manifestado en cuanto a la contratación sobre alguna materia en particular, las cuales contrataron con la finalidad de que lo pactado entre ellos surtiera todos los efectos propios de un contrato y las consecuencias que los mismos producen.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

Debido a que nos fue imposible encontrar los orígenes exactos de la norma en cuestión, acudimos al derecho comparado, pues pudiera ser que debido a que la norma se encuentra plasmada en forma análoga en los cuerpos legales de otros países, alguno de estos haya motivado su existencia en nuestra legislación.

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "Las palabras que puedan tener distinta acepciones, serán entendidas en aquélla que sea má conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

FRANCIA: "Cuando en un contrato los términos so susceptibles de dos sentidos, se debe entenderlo conforme al sentido que mejor convenga a l naturaleza del contrato".

ITALIA: "Las expresiones que puedan tener vario sentidos deberán, en caso de duda, entenderse en e sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto de contrato".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

BOLIVIA: "Los términos susceptibles de dos sentidos deben tomarse en el que más convenga a la naturalez del contrato".

CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR: "Las cláusulas d un contrato se interpretarán unas por otras, dándos a cada una el sentido que mejor convenga al contrat en su totalidad. Podrán también interpretarse por la de otro contrato entre las mismas partes y sobre l misma materia".

NICARAGUA: "Las palabras que puedan tene distintas acepciones, serán entendidas en aquella qu sea más conforme a la naturaleza y objeto de contrato".

ARGENTINA: "Es importante considerar l naturaleza jurídica del contrato celebrado, ya que e algunos casos dudosos ella misma permite decidir e sentimiento de la interpretación, y así los efecto jurídicos que produzca el acto".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

Se origina por la diversidad de acepciones que pued tener una palabra o frase utilizada dentro de u contrato, por lo cual es necesaria la interpretació para poder determinar con exactitud cual de dicha

cepciones deberá entenderse en el contexto de lo onvenido por los contratantes de acuerdo a la ıateria dc lo pactado.

s indispensable que se haga valer por encima de ıalquier interpretación la manifiesta voluntad de las artes, tomando en cuenta la materia sobre la cual han ɔnvenido para emplear la acepción que sea más ɔnforme con la naturaleza y el objeto del mismo.

2. Funclón del juzgador al llevar a cabo la Interpretación.

l juez deberá respetar el principio de la libre ɔntratación entre las partes, por medio de la cual las artes al convenir han manifestado su intención.

ebe tomarse muy en cuenta, para que el juez realice ı interpretación pertinente, la intención que se ncuentra plasmada en el contrato, la cual rudentemente puede encontrar si analiza la materia el pacto. La función primordial de la convención es ue se cumpla lo convenido; si hay duda en cuanto a eficacia o ejecución del contrato, la materia propia el mismo resultara en una importantísima guía para evar a cabo una justa resolución.

) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

a Sala Sentenciadora se ha ajustado con recto criterio esta regla de interpretación en el caso presente, no ıtendiendo que con la palabra usada en la cláusula e arrendamiento de obras que el demandado celebró ɔn los actores, y que se refería a railes y traviesas, se gnifica que se daban en venta, sino que se facilitaban suministraban aquéllos tan solo en alquiler, pues de ra suerte no era posible admitir como verosímil que s diese por un precio sumamente ínfimo, tratándose, demás, de cosas que no le pertenecían, sino que era e la propiedad de la empresa consecionaria del rrocarril, no acomodándose por otra parte, al ntido general y dominante en el contrato, que no era ro que el de suministrar a los que habían de ejecutar s obras, por un precio que se determinaba los útiles ecesarios para ello.

Sentencia de la Jurisprudencia Española)

1596:

"Si alguna cláusula pemitiere diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, según la naturaleza del contrato".

A) Los precedentes en nuestra legislación

El Código Civil guatemalteco de 1877, siendo la fuente histórica actual de nuestro Código Civil actual establece de forma literal en su artículo 1284: "Cuando alguna cláusula de un contrato sea susceptible normalmente de ser interpretada en distintos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

Literalmente, podemos entender de la norma lo que sigue: cuando algunas de las disposiciones del contrato aceptara distintos u opuestos significados, deberá comprenderse en el más apropiado o acomodado para procurar sus derivaciones propias, según sea la propiedad del pacto.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

La finalidad primordial de esta norma es bajo ningún motivo desvirtuar la voluntad y especialmente buscar, a toda costa, que el contrato produzca sus efectos y llegue a consumarse o ejecutarse.

Deberá interpretarse que los contratantes en el momento de externalizar su voluntad desean que el contrato que realizarán tuviera validez y eficacia, produciendo así las consecuencias necesarias de todo contrato, ya que nació a la vida jurídica para ser cumplido.

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN
REVISTAS
GUATEMALA, C. A.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

La intención del legislador al tomar en cuenta dicho precepto en nuestra legislación era darle validez y eficacia a lo contratado entre las partes, ya que un contrato nace a la vida jurídica para hacer valer todos los efectos y consecuencias que del mismo se desprendan.

Es por lo anterior, que desde el momento que las partes coinciden en un acuerdo de voluntades y lo plasman en un contrato, están dándole vida a un contrato más del cual esperan su eficacia, ya que la intención de las partes es el espíritu del contrato, y este se encuentra en el todo y en las partes, debido a qué intención es indivisible.

4. La interpretación sistemática.

Deberá el intérprete sujetar su actuación atendiendo a las otras reglas de interpretación de los contratos que prevean un resultado declarativo.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

En cuanto a la naturaleza del precepto de dicha institución, podemos decir que lo plasmado en el contrato es lo que las partes externalizaron y manifestaron en el momento de contratar, y por lo cual se querían obligar en base a lo pactado, por lo que esta evidente manifestación de voluntad debe prevalecer por sobre cualquier otra interpretación que se le quisiera dar al contrato. Los principios jurídicos que pueden recordarse al leer una norma como esta son: naturaleza, vivencia y fin práctico del contrato.

De lo anterior se deduce la razón por la cual debe prevalecer la voluntad de las partes al contratar, ya que se obligaron y le dieron vida a un contrato para que este produjera todos sus efectos, es decir nació a la vida jurídica para tener validez y eficacia.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

El origen del texto clásico del cual se ha tomado la regla aplicable a este precepto lo vemos en la Ley 80 **Deverborum Obligationibus** del Digesto, por el cual más vale afirmar la validez de los contratos que su ineficacia *(Magis Ut valeat quam ut pereat disposita).* En relación al Derecho comparado podemos encontrar regulado dicho precepto en los siguientes códigos:

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

FRANCIA: "Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna".

ITALIA: "En la duda, el contrato o cada uno de sus cláusulas deben interpretarse en el sentido que puedan tener algún efecto y no aquel según el cual no tendrían ninguno".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

BOLIVIA: "Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se le debe dar el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno".

NICARAGUA: "Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

ARGENTINA: "Si una cláusula se presta a dos interpretaciones, de las cuales una significa la nulidad del acto y otra su validez, es menester preferir esta última y hacerle producir efectos".

CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

El problema se circunscribe cuando la voluntad de la partes expresadas en el contrato no es clara debido la diversidad de acepciones que pudiera tener algun de las cláusulas utilizadas en su contexto, lo cua

ificultaría enormemente su cumplimiento. Es nportante que la solución a dicho problema en el iomento de llevar a cabo la interpretación, debe mitarse a hacer producir sus efectos el contrato actado entre las partes, ya que éstas contrataron y le ieron vida a dicho pacto para que el mismo surtiera ›dos sus efectos y tuviera validez y eficacia.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la Interpretación.

l juez deberá tener en cuenta en el momento de ealizar su actividad interpretativa, en cuanto al ›ntrato, la intención de las partes y su manifiesta oluntad expresada en el contrato mismo, no udiendo desvirtuar los efectos naturales que éste ebiera producir y para el cual fue creado el presente ›ntrato.

eberá entender las cláusulas en un conjunto y no de anera aislada, pudiendo así darle el valor nterpretativo al contrato por medio del cual rodujera todos sus efectos.

) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

a recta aplicación de este precepto legal se ve eflejado en el presente ejemplo por medio del cual odemos apreciar, que es ineficaz la prórroga de tres ños que para la duración del contrato de subarriendo elebrado entre recurrente y recurrido consignaron, orque debido a la bilateralidad, requería para su alidez el consentimiento de ambos, y obliga a isualizar por parte del juzgador en el momento de ealizar la actividad interpretativa, que al pactarla de sta forma, fue con el ánimo de que tuviera una ectividad, que no podría ser otra que de común cuerdo las partes tenían la intención de conceder utuamente la facultad de continuar dicho ıbarriendo por el tiempo marcado en tal prórroga, a oluntad de cualquiera de ellos.

1597:

"Cuando dos o más cláusulas se contradigan entre sí, de tal manera que sea imposible su coexistencia, prevalecerá la cláusula o las cláusulas que sean más conformes con la naturaleza del contrato y con la intención de las partes".

A) Los precedentes en nuestra legislación

Este precepto ha sido instituido únicamente en el Decreto-Ley Número 106, que es nuestro actual Código Civil, razón por la cual no existe legislación guatemalteca que lo haya establecido con anterioridad.

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La Interpretación gramatical o literal

Al analizar la norma objeto del presente estudio según el sentido propio de sus palabras debemos considerar la frase "Cuando dos o más cláusulas se contradigan", que de sus palabras deducimos que prevé el caso en que las estipulaciones contractuales susceptibles de aplicarse, hubieren sido creados a través de un lenguaje jurídico capaz de entenderse en un doble sentido y ser incapaces de ese modo de poder coexistir unas con las otras en un mismo negocio jurídico. De manera que al ocurrir la posibilidad de la coexistencia gramatical de las dos en el negocio jurídico, esta norma establece la necesidad de que una de las dos cláusulas prevalezca; para ello este precepto incluye en sus dos últimas líneas, el criterio a seguir, estableciendo que debe prevalecer "la cláusula o cláusulas que sean más conformes con la naturaleza del contrato y con la intención de las partes" entendiendo por "naturaleza del contrato", un conjunto de hechos para los cuales fue creado

el negocio jurídico y por "intención de las partes" es decir, la voluntad que tuvieron las partes al comprometerse y tratar de tender al fin especial que se han propuesto. No debemos obligar que por estar unidas las últimas dos frases del artículo por la conjunción y, la naturaleza del contrato y la intención de las partes son una especie de amalgama, por lo que no implican una alternativa sino que ambos aspectos deben ser tomados en cuenta.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

La finalidad de esta norma es sin duda alguna preservar la voluntad contractual de toda equívoca manifestación de la misma, de modo que dada la inexactitud del lenguaje, siempre es posible cualquier error en el uso de las palabras; este precepto persigue pues, ante esta dificultad de coexistir disposiciones contractuales opuestas, hacer válido y eficaz el contrato. Para lograr lo antes mencionado la misma norma propone un parámetro a seguir, a saber, la naturaleza del pacto y la intención de las partes.

3. La Interpretación subjetiva o de intención del legislador.

Podemos decir que la intención que tuvo el legislador al momento de estipular esta norma, estuvo basada en que aunque en un contrato se estipularan cláusulas en las cuales su pronunciación careciera de claridad y que constara que las palabras fueron empleadas erróneamente, ya sea, en un sentido más amplio o restringido, lo cual fuera causa de la contradicción de la una con la otra, siempre debían girar más sobre la voluntad indubitada y por la naturaleza del contrato, que por el sentido literal de las palabras equivocadas o contradictorias.

4. La Interpretación sistemática.

Esta norma se aplicará siempre que por el sentido propio de sus palabras el contrato deje lugar a duda sobre la intención de los contratantes, y que no pueda atribuirse a las contradictorias el sentido que se infiera por el conjunto de todas.

5. La Interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

Simplemente podemos decir que la naturaleza del precepto, surge de dos principios fundamentales. El primero de ellos es el principio de la libre contratación, el cual le da a las partes la capacidad para poder pactar las disposiciones contractuales que deseen, procediendo de esto los problemas de contradicción. Además se consagra aquí el principio de que un contrato nace para ser cumplido, y que ante todo debe buscarse que el mismo sea válido y eficaz.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

Nos parece de suma importancia mencionar la peculiaridad de este artículo y su novedad, ya que no encontramos concordancias en derecho comparado. No obstante, consideramos este precepto una valiosa regla interpretativa.

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la Interpretación y su solución.

El problema a causa del cual es precisa la interpretación del contrato, es la existencia de dos o más cláusulas que se contradicen y que una con la otras es imposible su coexistencia, tal y como gramaticalmente lo dice la norma; esto quiere decir que para poder establecer con claridad los derechos y obligaciones originados por el vínculo contractual es necesario poder determinar lo que implica cada una de las disposiciones contractuales, haciendo prevalecer para ello las que estén en plena concordancia con la naturaleza del contrato y la intención de los contratantes.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la Interpretación.

El juzgador al momento de aplicar la norma en cuestión debe ante todo regirse por la naturaleza del contrato y su vivencia, para encontrar el sentido del convenio y sus efectos para que el contrato sea válido y se efectúe. Debe interpretar las cláusula

ntractuales en cuanto a su contexto sin olvidar que l naturaleza del contrato y la intención de las partes ben tomarse conjuntamente a la hora de hacer evalecer cualquier cláusula.

l) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

a contrato de arrendamiento en el cual se hubieren tipulado dos cláusulas opuestas, estipulando una e el contrato no se sujetará a ningún plazo, y ableciendo la otra que cuando el plazo se termine arrendante deberá devolver al arrendatario el pósito recibido al principio del convenio. Debido a l establecido por el artículo 1880 del Código Civil gente, en cuanto que el contrato de arrendamiento dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, se duce que este es un contrato eminentemente mporal, por consiguiente prevalece la cláusula que tipula un término al contrato y no aquélla que hace mismo por tiempo indefinido.

1598:

"Las cláusulas de los contratos se interpretarán las as por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"

A) Los precedentes en nuestra legislación

omo antecedente de la presente norma se encuentra artículo 2435 del Código Civil de 1877 que eralmente dice: "Todas las cláusulas del contrato, interpretan las unas por las otras dando a cada una ellas el sentido que resulta de la totalidad de la critura".

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

Al interpretar en forma literal este precepto debemos hacer énfasis cuando el mismo menciona la siguiente frase: "[...] se interpretarán las unas por las otras [...]" ya que se debe entender en el sentido de que a una cláusula dudosa que contravenga lo expresado en las demás cláusulas del contrato, se le dará el sentido que resulte del contexto del mismo. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, por el término dudosa debemos entender una indeterminación del ánimo sobre un hecho, por lo que este supuesto se presenta cuando respecto de una estipulación contractual existe indeterminación del ánimo acerca a su contenido, es decir que se vacila en cuanto a lo que dispone. La última frase de este artículo constituye la solución propuesta por el mismo para dilucidar las cláusulas dudosas, debiéndose entender por "conjunto de todas" la totalidad de las estipulaciones contractuales.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

La finalidad de esta norma de interpretación es que la investigación y comprensión del sentido del pacto que ha causado la controversia, se lleve a cabo de forma armónica. Buscando rehuir en todo momento de hacer carecer al contrato de valor.

3. La interpretación subjetiva o de Intención del legislador.

Podemos decir que el legislador pretendió al establecer la norma en cuestión, que aunque en un contrato se estipularan cláusulas en un sentido dudoso, ya sea amplio o restringido, esto no impidiera la eficacia del pacto resolviendo su indeterminación a través del contexto del negocio jurídico.

4. La interpretación sistemática.

Esta norma deberá aplicarse siempre que las otras normas de interpretación declarativa no logren subsanar la duda en los pactos. Así, debe darse la interpretación armónica pero siempre tomando en cuenta la naturaleza del contrato, la intención de las partes y sin olvidar la costumbre y los usos que pueden dar certidumbre a esa cláusula dudosa.

5. La interpretaclón conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

Esta norma se caracteriza por la imposición de la Teoría Clásica, la cual se basa en constituir como fundamento a la intención que tenían las partes al momento de celebrar el contrato. Este precepto busca sobre todo plasmar el principio de la libre contratación, puesto que no limita a las partes en cuanto a las disposiciones contractuales a través de las cuales expresan la voluntad contractual y busca resolver cualquier duda dentro de lo expresamente estipulado en otras cláusulas, ya que ellas son la expresión de la intención de las partes. Además, no debe olvidarse que se trata de un sistema de ideas convenidas y que por ello no podemos hacer a un lado el conjunto de todas las cláusulas, de modo que aislar una cláusula equivaldría a desviar el espíritu del contrato.

6. La interpretación histórica y legislación comparada

Esta regla interpretativa ha sido incluída en cuerpos legales de distintos países y no obstante carece de una presencia universal, y pese a ello es incorporada con frecuencia.

Así esta norma se ha incluído en el derecho de los siguientes países:

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

FRANCIA: "Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acta, ya precedan o sigan a dicha cláusula".

ITALIA: "Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyendo a cad una el sentido que resulte del conjunto del acto".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

NICARAGUA: "Las cláusulas de los contrato deberán interpretarselas unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte dc conjunto de todas".

ARGENTINA: "Las cláusulas de voluntad no debe interpretarse aisladamente, sino de acuerdo con s contexto general".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

El problema que presenta la norma es el hecho de qu por la autonomía de la voluntad y de la libr contratación, la redacción de un contrato puec propiciar el surgimiento de cláusulas dudosas dificultar la actualización y materialización d contrato. La solución a esta cuestión es interpretación armónica en conjunto de las cláusul dudosas del pacto, en orden a darle eficacia contrato, puesto que a través de dicha interpretació se les dará el sentido que el mismo en su contex implique, y de esa forma descubrir la intención de l contratantes sin desligar un solo pensamiento de e convenio de ideas.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

El juzgador debe atender primeramente a que puede aislar ni una sola de las disposiciones d contrato, puesto que la voluntad contractual manifiesta no en forma individualizada en es estipulaciones, sino más bien en un engarce de l mismas; el conjunto de las mismas es pues expresión de la intención de las partes. Debe el ju además comprender y tomar en cuenta los límites d lenguaje y por ello recurrir al todo para ir a la parte de esa forma otorgarle el sentido que corresponda a cláusula o cláusulas dudosas.

) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

n un contrato de compraventa, se había estipulado or primera cláusula que la heredad se había vendido bre de todas las cargas reales; por segunda cláusula había dicho que el vendedor no entendía salir rante sino por sus hechos. En este caso la segunda áusula sirve para la interpretación de la primera, y stringe la generalidad de los términos a este sentido, ue el vendedor por la dicha primera cláusula no ha ntendido prometer o asegurar otra cosa, sino que él o había impuesto gravamen alguno sobre su redad, y que él era libre de todas aquéllas que ubieran sido impuestas por otros.

1599:

Las cláusulas ambiguas se interpretarán con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado".

) Los precedentes en nuestra legislación

n el Código Civil guatemalteco de 1877 encontramos igida la fuente histórica del precepto objeto de uestro estudio. El artículo que precede al que ctualmente rige conforme al Decreto-Ley 106, ódigo Civil guatemalteco es el que a continuación tamos:

Artículo 2434.- En los casos de duda por obscuridad ambigüedad, cuando no aparece la voluntad de las artes debe estarse a la práctica observada en los casos e igual naturaleza".

) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

n base del análisis gramatical de la norma vemos que s preciso establecer qué significa "cláusulas mbiguas". De acuerdo al Diccionario de la Real cademia Española, cláusulas son estipulaciones en n contrato; y ambiguas, quiere decir que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones. De modo que al existir en un contrato estipulaciones que pueden entenderse de varias formas se debe acudir al uso y la costumbre. Ahora bien, debemos establecer qué se entiende por uso y por costumbre. Según el Diccionario de la Real Academia Española, uso es tener por costumbre cierta forma de inclinaciones o de actuar; y define a la costumbre como un hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie, una práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de precepto. Finalmente, debe definirse qué quiere decir la palabra otorgado. Por esta palabra el diccionario arriba mencionado entiende consentir o conceder una cosa, por conceder declara asentir o convenir en lo que uno dice o afirma. Por lo que se regirá el uso y la costumbre que suplan las deficiencias de un contrato por el lugar, esto es, región o localidad, donde se haya celebrado el contrato.

2. La Interpretación lógica o de finalidad

En base a la finalidad de la norma, es en última instancia la invocación de la hermenéutica jurídica y la previsión como fuente supletoria de la ley, los usos y costumbres. Asimismo, esta norma prevé la posibilidad que las costumbres locales fueran varias, y que en un contrato intervinieran personas o cosas regidas por diferentes costumbres, por lo que estableció una norma única para determinar el uso y la costumbre, siendo dicho factor determinante el lugar en que se haya otorgado el contrato. La norma pretende la obtención de la consecuencia jurídica por subsunción de los hechos bajo la ley, que en este caso es el contrato, y porque se presume que las partes han tomado en cuenta para el efecto los usos y costumbres del lugar en donde se haya celebrado el contrato al no expresar lo contrario. El espíritu de la norma es pues, que las costumbres y usos de una región en que las partes contrajeron sus hábitos, las generales de los hombres, la manera común de sentir y de obrar según la condición en que se hallen, son los últimos indicios para entender aquello que no pudo ser declarado.

3. La interpretación subjetiva o de Intención del legislador

La intención del legislador en este precepto no es otra que la de que el contrato se consume, es decir que se cumpla el principal efecto de un contrato que es su

nacimiento a la vida jurídica para hacerlo válido y eficaz; por consiguiente, si una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe explicarse más bien en aquél en que puede tener algún efecto, que no en aquél en que no tendría ninguno; y si se hubiere omitido una disposición se debe llenar ese vacío mediante una interpretación integrativa en torno de la voluntad contractual. Su intención primordial es pues, suplir aquellas deficiencias que pudieran darse y dificultaren el efectivo cumplimiento del contrato, las cuales puedan ser suplidas por la costumbre y usos del lugar, que en ningún momento sustituyen la intención de las partes, es decir no influyen en la voluntad ni modifica en lo más mínimo al contrato; sirven sólo para disipar ambigüedades, con los cuales se presume, mientras lo contrario no se pruebe, que estuvieron conformes los otorgantes.

4. La interpretación sistemática.

La aplicación de este precepto será únicamente en un sentido supletorio, y en la medida que las cláusulas del contrato fueren por sí insuficientes para hacer eficaz el pacto.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

La presente norma consagra el principio de la hermenéutica jurídica. Las deficiencias que las estipulaciones contractuales ambiguas causan como hemos reiterado se resuelven en armonía por lo impuesto por el uso y la costumbre, o sea al tenor de otros contratos de la misma naturaleza y del propio objeto. La costumbre y el uso suplen las omisiones de aquellas cláusulas que suelen de ordinario establecerse y que su falta no acusa eliminación. En cuanto a determinar la costumbre de una región es para determinar el alcance, extensión y forma de cumplir lo pactado, el uso o la costumbre aplicable. Existen tres posturas delimitadas a plenitud respecto de cómo debe establecerse qué costumbre local debe regir. Manresa rechaza la regla clásica, la cual es la adoptada por el Código Civil guatemalteco, porque según este connotado autor el lugar de celebración de un contrato puede ser determinado por el acaso y será accidental respecto de la permanencia ordinaria las partes y objetivos que en el contrato intervienen. Tampoco admite el lugar de residencia de los contratantes aún siendo el mismo para los dos, porque se necesitaría una costumbre muy constante y un suposición bastante fundada para aceptarla, pa determinar su aplicación, faltando la otra m preferente. Este autor otorga mucha importancia lugar en que se encuentre el objeto, concreta su criter aseverando que el lugar del cumplimiento debe ser que teniendo relación mayor con la efectividad d contrato determina la forma del cumplimiento de pactado, consecuentemente la costumbre y usos q pueden aplicarse. Scaveola tiene una posici opuesta a la antes expuesta, y es en ese sentido en que ha sido adoptada por nuestro Código Ci vigente, dentro de esta concepción, en forma distin a la propuesta de Manresa, la costumbre se determi por el lugar, y quien en ese lugar contrata se somet la costumbre existente. Otra corriente nos presenta argentino Borda, quien arguye el hecho de q frecuentemente las palabras tienen un matiz significado diferentes, no solo entre países, si dentro de las provincias de un mismo país. Por ello un contrato es celebrado por escuintlecos en Escuin para ser cumplido en la ciudad capital de Guatem deben aplicarse los usos y costumbres de Escuintl no de la capital, a menos que las partes hayan queri darle otro significado a sus palabras; lo contra según Borda, sería absurdo por no tomar en cuenta generales de los contratantes.

6. La interpretación histórica y legislación comparada

La observancia de esta regla es tan universal y ju que con frecuencia se omite en los contratos lo que de uso o costumbre en la tierra, por entende comprendido tácitamente en ellos sin necesidad expresarlo. Esta norma contemplada por el Cód Civil guatemalteco la encontramos plasmada forma análoga en otros cuerpos legales, a saber:

A) CODIGOS EUROPEOS

ESPAÑA: "El uso o la costumbre del país se tend en cuenta para interpretar las ambigüedades contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusu que de ordinario suelen establecerse".

ITALIA: "Prácticas generales interpretativas. cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo co que se practique generalmente en el lugar en qu

ntrato haya sido concluído. En los contratos en que na de las partes sea un empresario, las cláusulas nbiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se ractique generalmente en el lugar donde esté la sede e la empresa".

RANCIA: " Lo que puede parecer ambiguo en un ntrato se interpreta por lo que es de costumbre en país"; y "En todo contrato se sobreentienden las usulas que son de uso, bien que no se hallen presadas".

CODIGOS HISPANOAMERICANOS

ICARAGUA: "El uso o la costumbre del país se ndrán en cuenta para interpretar las ambigüedades los contratos, supliendo en éstos la omisión de las áusulas que de ordinario suelen establecerse".

DLIVIA: "Se debe suplir en el contrato las cláusulas e son de uso, aunque no se hayan expresado".

HILE, COLOMBIA, ECUADOR: "Las cláusulas de o común se presumen, aunque no se expresen".

RGENTINA: "El uso y práctica generalmente oservados en el comercio en casos de igual nturaleza, y especialmente la costumbre del lugar onde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre alquier inteligencia en contrario que se pretenda r a las palabras".

) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. Problema que origina la interpretación y su solución.

problema que presenta esta norma es el hecho de e en contrato se presenten estipulaciones ntractuales equívocas, las cuales puedan ser terpretadas en varios sentidos, ¿Qué sentido es el rrecto a aplicar? La solución que presenta es acudir la costumbre y los usos por ser una especie de fiel ntraste con la intención: la costumbre y los usos rven pues, solo para aclarar ambigüedades y para suplir cláusulas, con las cuales se presume, mientras lo contrario no se pruebe, que estuvieron conformes los otorgantes. No obstante, nos parece que la solución del código es insuficiente por el hecho de que debiera tomarse en cuenta no sólo el lugar donde se celebre el contrato, sino también las generales de los individuos y su idiosincrasia, debido a la multiplicidad de matices en palabras y costumbres que existen.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la Interpretación.

El juzgador al aplicar este precepto debe primero tener en cuenta que los usos y la costumbre no influyen en nada en la voluntad contractual ni pueden modificarla, que actúa en forma supletoria y que por ello deben ser probados de acuerdo a lo que la técnica jurídica establece para que sea válida su aplicación. El juzgador debe actuar con prudencia sabiendo delimitar el campo en donde la costumbre ya no tiene injerencia. Y claro está que no podrá invocarse una costumbre en contra de lo pactado, ya que sólo sería legítimo aplicar las costumbres **praeter legem** y **secundum legem**, es decir en el caso de la omisión de una cláusula o para resolver una ambigüedad.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

1. Si el señor XXX efectúa un contrato con un caficultor por el que se obliga a cultivar su finca de café por una cierta suma al año, sin explicarle acerca de las labores que deberá ejecutar, se reputará que han convenido en que se harían aquellas que fueran de uso y costumbre en la tierra.

2. En la venta de ganado en Nueva Concepción, Escuintla, el comprador paga el transporte del ganado, así no se hubiere estipulado.

III. La interpretación restrictiva

Es aquélla que establece que la aplicación del pacto debe hacerse únicamente a los casos y cosas que menciona o las cuales se refiere expresamente; sin perjuicio de que la convención produzca sus efectos naturales.

1594:

"Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieren contratar".

A) Los precedentes en nuestra legislación

Esta norma no tiene precedente legal alguno en nuestros cuerpos legales civiles anteriores al actual vigente (1877 y 1933).

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

La generalidad de los términos contemplada en este artículo, debido a que según el Diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse como la mayoría o casi la totalidad de algo, da lugar a una gran imprecisión y vagüedad. Sin embargo, el criterio a que deberá atenderse para determinar esa lógica extensión de lo pactado, será la naturaleza del contrato, apreciada por su verdadero fin, estipulaciones que contenga y objeto en que recaiga; es decir que la interpretación debe llevarse a cabo atendiendo al límite de las obligaciones.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la inteligencia de la palabra "cosas", como equivalente del objeto contractual no da orígen a dificultades; no es tan sencillo el concepto de los "casos", que equivalen a los supuestos u ocasiones en que hayan de producirse las consecuencias convenidas en el contrato. Los efectos de éste deberán reducirse a los "casos" que expresara, atribuyendo a la enumeración propósito limitativo, a no ser que tuviera el de explicar (ver análisis del artículo 1601), y entonces cabría estimar comprendidos otros casos además de los enunciados en el convenio.

Podemos concluir, entonces que la "cosa" se refiere al objeto contractual; el "caso" a la circunstancia de hecho, por lo que si yo pacto sobre una sucesión determinada, cedo todos mis derechos, claro esta que en la cesión no se ha de comprender la totalidad o integridad de mi patrimonio, sino dentro de éste lo que traiga su causa de la herencia de que se trate (este es un ejemplo de "cosa"); sin embargo, si yo me obligo a ejecutar un acto condicionandolo al cobro de cierta suma adeudada, es obvio que aunque yo cobre otra suma que no sea la que califique el suceso previsto no se me podrá exigir el cumplimiento de la obligación, porque estipulada para un "caso", no cabe entenderla a otro.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

El área propia del contrato no debe ser traspasada por la interpretación; las palabras del contrato deben ser restringidas, cuando excedan el pensamiento de las partes, y es este el espíritu de la norma en cuestión. Esta es, en palabras de Marcade, "una regla en buen sentido, ya que los contratos solamente deben interpretarse subjectam materiam".

La afirmación del citado autor se demuestra por la concordancia de este precepto con uno del mismo espíritu en muchos códigos extranjeros; más aún no estando en texto positivo alguno, es de tan buen sentido y tan elemental que por sí sola se impone.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

Las miras del legislador en cuanto al alcance de este precepto fueron impedir que se imponga obligaciones no aceptadas o se exageren las contraídas; pero no estorba la necesaria y legal extensión de estas para que el contrato produzca todos los efectos que le son propios, pues los contratos perfeccionados obligan no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (ver artículo 1519 de nuestro Código Civil).

4. La Interpretación sistemática.

entro del conjunto de las normas de interpretación e los contratos puede decirse que esta regla, aunque o puede prescindir de las demás, debe ser tratada de na manera totalmente peculiar.

sto, porque encierra en si misma un tipo de resultado ropio, desde que constituye la única que investiga y mprende los pactos de una forma restrictiva. Es de quí, donde se diferencia de las demás cuyos sultados son en la mayoría declarativos.

5. La Interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

sta regla interpretativa surge del sistema espiritual e la libre y lícita contratación y del principio niversalmente admitido de que las obligaciones acidas de ésta no deben tener más extensión que las ue resulten del consentimiento que les dió vida rídica.

uestro Código Civil, rindiendo tributo al sistema ıencionado, consigna de manera clara y expresiva la gla que restringe la interpretación al límite pactado ara la obligación y al área propia del contrato, uando en su artículo 1594 nos enseña que los ontratos se deben entender en su sentido literal y que is generalizaciones no deben dar lugar a que se mplíen a cosas y casos que no se hayan expresamente actado.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

istóricamente, puede decirse que la norma ontenida en el artículo 1594 de nuestro Código Civil eriva del principio jurídico que reza: **Iniquum est erimi pacto, id de quo coqitatum non est**; lo cual ebemos entender como aquella regla que nos dicta ue es inicuo o injusto extender el pacto a lo que no se ubiere pensado.

n cuanto al derecho comparado podemos mencionar as normas referentes al tema de los códigos iguientes:

A) CODIGOS EUROPEOS:

FRANCIA: "Por generales que sean los términos en que se haya concebido una convención, no comprende más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido contratar, y no aquéllas en las que no han pensado".

ESPAÑA: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en el cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieren contratar".

ITALIA: "Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

BOLIVIA: "Por generales que sean los términos de una convención, no puede esta comprender más que las cosas sobre las que aparezca que las partes se han propuesto contratar".

CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR: "Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre la cual se ha contratado".

NICARAGUA: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la Interpretación y su solución.

La vagüedad es en este caso, el orígen de las dificultades; la duda acerca del alcance que tuvo el consentimiento prestado es el problema; la solución deberá ser limitar el contrato a aquellos casos y cosas sobre los que los interesados se propusieron contratar, fundamentando esto en que no cabe imponer obligaciones contractuales sin un

consentimiento cierto a qué atribuirlas, y el criterio de la ley supone que debe ser restrictiva en los casos de duda.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

Las dos reglas capitales de la interpretación son la JUSTICIA, siempre que hay una base firme en que apoyarla; y la PRUDENCIA ante lo dudoso, misma virtud que lleva necesariamente a limitar la extensión de las obligaciones cuando acerca de ello hay duda.

Cuando se trate de la aplicación de este artículo debe el juzgador poner todo su cuidado en delimitar bien el área del contrato, no confundiendo lo que por corresponder a la naturaleza de éste, se haya de considerar comprendido en el consentimiento, aún sin expresión taxativa en el título; y lo que por no estar integrado en la voluntad de los estipulantes se ha de tener necesariamente como caso o cosa distinto de lo pactado. El llamado a decidir debe tener clara percepción de las diferencias entre el caso nuevo y la consecuencia natural de lo convenido, pues es aquí donde estriba la ajustada aplicación de esta regla que por ser de buen sentido (como ya se ha dicho antes), requiere la mayor prudencia.

Podemos afirmar, por lo anterior, que no será norma de interpretación ampliar la aplicación de un precepto legal a caso distinto de aquél para el que fue dictado si no hay razón de analogía. Los tribunales en su limitada y sagrada misión de aplicar las leyes y juzgar sobre el derecho de cada parte han de ser fieles intérpretes de la voluntad del legislador que las dictó, cuyo criterio deben mantener con preferencia a interpretaciones que puedan desnaturalizar y hasta contrariar el precepto aplicable en cada caso.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Luego de todo el análisis que se ha llevado a cabo en torno al artículo 1594 del Código Civil guatemalteco, podemos entender que es regla constante de Derecho en materia de interpretación de contratos que, para la inteligencia de los mismos, no puede entenderse qu sea contenido de un negocio lo que sus sujetos no ha querido que sea y sobre los cuales el consentimient no se ha expresado, cualquiera que sea la mayor menor generalidad de los términos del pacto. Par ilustrar este principio jurídico, podemos tomar lo ejemplos siguientes:

1. XXX y YYY han hecho las cuentas de su debe haber. Terminada la operación y aceptados lo resultados, han acordado anular cualquie documento que pueda tener uno respecto del otro Aunque esta declaración es general e ilimitada, no s entenderán abolidos, sino aquellos instrumentos qu pertenezcan a lo gastado y recibido que ha sido objeto de la liquidación. Se exceptúa, por tanto, l hipótesis de que las partes hayan contratado sobr una universalidad, respecto de una sucesión futura por ejemplo.

2. Si un legatario ha contratado con el heredero po una suma de los derechos que le resultaban por testamento del difunto, no por esto quedará excluid de la demanda de otro legado que se le hubiera hech por domicilio no presentado cuando se efectuó l transacción. Sin embargo, el legatario esta obligad aunque no se hubiere pactado expresamente a lleva a cabo todos los actos necesarios para la transmisió de los derechos transados, pues del contrato mismo s derivan estos efectos naturales que no constituye casos o cosas distintas de lo convenido.

3. Si en un contrato de seguro del servicio militar s concretó el seguro a los mozos llamados e "contingente ordinario", la expresión del caso d seguro fue lo suficientemente clara y explícita par comprender que por ella no quedaba protegido co seguro el llamamiento de mozos de "contingent extraordinario".

IV. La interpretación extensiva

Es aquélla que se lleva a cabo mediante la explicació o aplicación de un texto a otros casos además de lo expresamente determinados en la estipulació interpretada.

1601

Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá que se quiso restringir toda la obligación a este caso solamente, xcluyendo los otros a que naturalmente se extienda".

) Los precedentes en nuestra legislación

sta norma había sido ya tomada por nuestra gislación civil, pues el Código de 1933 la contenía en artículo 2437, el cual rezaba: "Cuando en un ntrato se ha expresado un caso para explicar la bligación, no se entenderá por sólo esto haberse erido restringir toda la obligación a sólo este caso, cluyendo los otros a que naturalmente se extendía".

) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

te artículo se refiere a la expresión de un "caso" que ene como fin la explicación de la obligación y endiendo al sentido literal y gramatical de la norma, palabra "caso" debe tomarse en aquella acepción l Diccionario de la Real Academia Española que la ma como un sinónimo de "ejemplo".

ejemplo, según el diccionario mencionado, es aquel odelo que se aduce o cita como digno de imitación r ser bueno y útil al propósito, en este caso, del cto. Tenemos, entonces, que el ejemplo o caso que ta norma contempla se incluye en el convenio con iras a lograr que la incertidumbre que la mplejidad de la obligación pudiera suscitar, en un omento dado, sea ilustrada con una causa similar a cual se remite por ser favorable a los resultados iscados por las partes que la recuerdan.

importante tener claro que la inclusión de este emplo en los términos del contrato no se lleva a cabo n fines de analogía, aunque ésta última pudiera nstituir eventualmente una extensión de la mprensión del pacto. La finalidad de este caso o emplo incluído es puramente explicativa o demostrativa. La analogía, en conclusión, no entra en el campo de la interpretación en sentido propio, pues la interpretación extensiva no hace más que aclarar el sentido del pacto, poniendo de acuerdo su letra insuficiente con su espíritu; en cambio, la analogía va más allá del pensamiento contractual (la primera precisa el significado de términos convencionales ya formulados; la segunda descubre términos convencionales no formulados).

La expresión "toda la obligación" debe tomarse como la universalidad de efectos naturales y propios que el contrato en sí mismo debe hacer surgir, como derivaciones propias de su existencia y naturaleza; es decir, que esta norma jamás debe provocar que el convenio deje de resultar en su necesaria y legal extensión, dando lugar a los efectos que le son propios.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

Cuando las palabras, casos o ejemplos usados en el contrato son inexactos o impropios, por expresar menos de lo que las partes pensaban decir, es indispensable, a fin de respetar la voluntad del pacto, extender el significado natural de la palabra a aquellos casos naturalmente comprendidos por la obligación; incluyendo así en el entendimiento, lo que se quiso, pero no se logro expresar adecuadamente.

La interpretación, en este caso, debe tener por fin investigar el sentido del pacto y esta investigación lleva a reconocer que si una palabra o caso es inadecuada para expresarlo íntegramente, la consecuencia necesaria será que habrá de atribuirse a este caso el significado correspondiente al espíritu del contrato, así sea más extenso que el natural.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

El legislador buscó en esta norma, sin lugar a dudas, la solución a aquellas situaciones que se presentan cuando debe extenderse el entendimiento de un caso expresado en el pacto, a otro no expresado, ya porque se encuentra en ambos la misma razón fundamental, ya porque la expresión del ejemplo no debe impedir a la convención provocar todos sus efectos naturales.

Esta norma fue creada, entonces, para ser empleada cuando la identidad de la ratio que concierne a diversos casos, tratando el caso no comprendido en la letra diferentemente del comprendido en ella, se caería en un absurdo lógico o se cometería una evidente injusticia.

4. La interpretación sistemática.

Al igual que la norma tratada anteriormente (1594), el artículo 1601 de nuestro Código Civil, considerado en relación a los demás preceptos de interpretación, merece del intérprete una labor de investigación original, pues el espíritu de este precepto (entendido como se ha venido analizando en los párrafos precedentes), nos lleva a la interpretación de tipo, también conocida como amplia.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturalezadel precepto.

La fuerza de obligar que los contratos llevan en sí aparece proclamada en este artículo; el poder obligatorio de lo convenido viene a ser, entonces, el principio que caracteriza su naturaleza.

Cuando analizamos que la perfección viene a significar la aparición del pacto como vínculo obligatorio y desde ese instante, se resulta de los contratos la producción de las consecuencias obligatorias que le son propias, aún y cuando todas estas consecuencias no hayan sido expresadas taxativamente en el contrato, la expresión ejemplo sirve únicamente para saber de la incertidumbre que se pudiere haber tenido, pero nunca debe tomarse como que se quiso excluir del convenio sus efectos naturales contrariando sus reglas o excluyendo de sus estipulaciones las demás que para este contrato en específico fuesen complemento necesario.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

El principio jurídico qua dubitationis tollende causa contractibus inseruntur, jus commune non ladun viene a ser la fuente que originó la norma en cuestión La traducción del aforismo señalado puede tenerse así: la inserción demostrativa efectuada por l incertidumbre que sufra o soporte el objeto del pacto no debe dañar la extensión de Derecho propia del compromiso.

Existen concordancias de esta norma en legislaciones extranjeras, de las cuales podemos mencionar las siguientes:

A) CODIGOS EUROPEOS:

FRANCIA: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso, a consecuencia de la duda que uno hubiese tenido, de si el compromiso que resulta del contrato se extiende a ese caso, no por esto se reputa a un como habiendo querido restringir la extensión que dicho compromiso tiene de Derecho, a todos aquéllos que no sean expresados".

ITALIA: "Cuando en un contrato se hubiere expresado un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirán excluídos los otros a los que naturalmente se extienda".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

BOLIVIA: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para la explicación de la obligación, no se cree por esto que se ha querido limitar la ampliación que por derecho, recibe el compromiso a los casos no expresados".

CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar obligación, no se entenderá por eso sólo haber querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda".

NICARAGUA: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

Aunque el resultado sea, en última instancia, diverso, tanto la interpretación restrictiva (art. 1594) como la extensiva (art. 1601) tienen el mismo presupuesto:

PROBLEMA —→

NO CORRESPONDENCIA DE LA PALABRA A LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES;

el mismo fin:

SOLUCION —→

REDUCIR LA PALABRA A LOS LIMITES DE LA VOLUNTAD

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

Como regla general, los contratos deben desplegar su fuerza obligatoria en los límites en que las partes quisieron establecerlos; si no se puede traspasar sus límites, tampoco es lícito no llegar hasta ellos.

El juzgador debe ser lo suficientemente capaz de percatarse de esta situación con toda prudencia y oportunidad, ya que la interpretación se llevará a cabo por medio de la explicación o aplicación de un texto expresado en el convenio a otros casos además de los determinados en la estipulación interpretada. La interpretación extensiva tiene por objeto, por tanto, no el rebasar esos límites, sino alcanzarlos.

Este procedimiento será útil siempre que no se extreme la intervención del juzgador, al punto de sustituir la voluntad de las partes y de ir más allá de lo que las mismas se propusieron, por lo que su conducta debe limitarse a precisar que es lo que ellas convinieron, teniendo en consideración el fin que se tuvo en vista al contratar y la naturaleza del pacto.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Véase un ejemplo de esta regla en la ilustración que a continuación se narra: Si por un contrato de matrimonio se ha dicho: "los futuros esposos vivirán en comunidad de bienes, en cuya comunidad entrara el mobiliario de las sucesiones que ocurran"; esta cláusula no impide que todas las otras cosas que de Derecho común entran en la comunidad conyugal, no entren en ella, por lo mismo que dicha cláusula no se ha añadido más que para desvanecer la duda que las partes poco instruidas han creído que podría haber, sobre sí el mobiliario de las sucesiones debía o no entrar.

V. La interpretación de culpabilidad

Aquélla en la que el intérprete encuentra la ambigüedad imputable a una sola de las partes.

1600:

"Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán en favor del otro contratante".

A) Los precedentes en nuestra legislación

No encontramos en cuerpos legales guatemaltecos anteriores al Código Civil vigente, normas que le antecedan a la presente.

C) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. Interpretación gramatical o literal.

Esta norma, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, nos dice que todas aquellas estipulaciones contractuales que no sean claras, equívocas o bien disientan unas de otras, deben interpretarse en favor de quien no haya preparado con anterioridad el contrato.

2. Interpretación lógica o de finalidad.

Debido a la naturaleza de la norma debe darse dentro de la gama de la interpretación lógica, la interpretación de resultado, puesto que ofrece una pena a una determinada actuación. En los negocios jurídicos la buena fe impone la obligación de hablar claro. Por lo que el espíritu de la norma en cuestión es el efectivo cumplimiento del contrato como también la justicia que debe regir en toda formación contractual, es decir que debe consumarse el contrato no obstante la imprecisión de sus cláusulas, pero en el sentido más favorable a quien no tuvo dolo o culpa en la no claridad de la culpa por no haber intervenido en la elaboración del instrumento contractual. No obstante, coincidimos con Borda en que es necesario poner cuidado en la aplicación de esta norma, puesto que si bien en principio el autor de la declaración es quien debe pagar su error u obscuridad, es preciso pensar en la posibilidad de que el recipiente,este conciente que la obscuridad de alguna de las cláusulas le permitirá después tener una interpretación que le favorezca, aunque no haya estado en el ánimo del declarante.

3. Interpretación subjetiva o de intención del legislador.

La intención del legislador en el presente precepto es la sanción a aquella de las partes que no cumplió con la obligación de expresarse en términos claros, este artículo es una pena que castiga o bien la mala fe contractual o bien la negligencia en la manifestación de la voluntad contractual.

4. La Interpretación sistemática.

La aplicación de este precepto se da solamente en virtud de que sea un contrato firmado teniendo como base un formulario preparado de antemano por una de las partes, y sólo cuando de su contexto no puedan derivarse sus efectos.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

El precepto consagra el principio de buena fe en los negocios jurídicos y busca sancionar la mala fe de aquella parte que actuó en esa forma y evitar el perjuicio del que contrató con pureza de espíritu. En la actualidad la vigencia de este artículo corresponde en gran medida a los contratos de adhesión. El principio fundamental como ya hemos reiterado es que el contrato tenga eficacia entre las partes en conexión con el principio de buena fe, es decir, y en esto nos adherimos a lo afirmado por el autor Francesco Messineo, que la recíproca lealtad de conducta, debe presindir a la ejecución del contrato como también su interpretación, en tanto que el acreedor no debe pretender más en el ejercicio de su derecho, y el deudor no puede negarse a dar menos en el cumplimiento de su obligación, de aquello que el sentido de probidad exige, teniendo en cuenta los fines del contrato.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

Desde las partidas, este precepto ha evolucionado en un sentido mucho más equitativo y se ha fundamentado en la pesquisa de la intención. En cuanto al Derecho comparado encontramos regulada esta norma interpretativa en los siguientes artículos:

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "La interpretación de las cláusulas obscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

ITALIA: "Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en casos de duda, a favor del otro".

FRANCIA: "En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquél que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación."

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

NICARAGUA: "La interpretación de las cláusulas obscuras no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la obscuridad. En los contratos de adhesión, el oferente sería el contratante que provocaría la obscuridad, en el supuesto que existiere".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

El problema que se suscita es el hecho de que se presenten estipulaciones contractuales que carezcan de claridad, o bien sean equívocas, o que disientan unas de otras, dificultando la correcta actualización de las obligaciones y derechos derivados para las partes de una determinada relación contractual. En orden a hacer válido y eficaz un contrato se tiende pues a hacerlo cumplir y dilucidar la duda o dudas que se presenten mediante la sanción a quien tuvo la grave obligación de hablar claro y no lo hizo, es decir sancionar a aquél que hubiese preparado de antemano el instrumento contractual. Sin embargo, la solución del código es muy pobre porque no toma en cuenta si la voluntad recepticia de ese formulario conocía de la obscuridad o ambigüedad y quiso medrar con ella.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

La función del juzgador en la aplicación de este precepto radica principalmente en esclarecer ante todo si la parte que no intervino en la elaboración del contrato estuvo conciente de la obscuridad, ambigüedad o contradicción de las cláusulas contractuales; es decir que en ese contratante no haya habido ánimo de medrar con esas deficiencias en la declaración de voluntad. A tal punto que si las cláusulas de un contrato son notoriamente obscuras y confusas, si la confusión y obscuridad es imputable a ambas partes no puede invocarse por ninguna de ellas, infortunadamente esto no está contemplado por la ley y deberá ser fruto de la jurisprudencia. A manera de conclusión, podemos decir que el juez no debe prestarse a ese juego de viveza y debe pronunciarse siempre por el contratante que haya actuado de buena fe.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Pedro acude a un taller mecánico y deja su carro para que sea reparado. A la vez, llena un formulario que establece que deberá recoger el carro a los 30 días de celebrado el contrato, momento en el cual ya se habrá llevado a cabo la reparación. Un mes después Pedro regresa por su carro y personeros del taller le comunican que no puede retirarlo, pues dentro de los 30 días no se contaban los sábados y domingos pues el taller no labora en fines de semana. Debe entenderse que los días pactados son 30 calendario, pues la oscuridad debe imputarse al que ha creado el formulario, quien debió haber insertado la palabra "hábiles" para lograr una total claridad en los términos del contrato.

1602:

"Si la duda no puede resolverse por los medios indicados debe decidirse en favor del obligado".

A) Los precedentes en nuestra legislación

En el Código Civil guatemalteco de 1877 encontramos la fuente histórica de este precepto, cuando en su artículo 2436 señalaba: "Si la duda no puede resolverse por los medios indicados, debe decidirse contra el estipulante y en favor del obligado".

Encontramos una variante peculiar entre esta norma y la actual vigente, pues aquella establecía que la duda perjudicaría, en última instancia, al "estipulante", término que la regla actualmente en vigor omite.

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

Literalmente, esta regla de interpretación indica: si la incertidumbre no puede salvarse por alguna de las normas que le anteceden, el fallo judicial deberá favorecer a aquél sobre el cual pesa la carga del cumplimiento de la prestación.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

La finalidad de esta norma es lograr un fallo conforme a la equidad y a los principios generales del Derecho estableciendo que cuando no se pueda determinar la intención en forma alguna, debe favorecerse al obligado, lo cual logra salvar el vacío que quedaría si no se estableciera una forma como esta o similar de resolver.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

La voluntad de las partes contratantes se exterioriza por medio de las palabras, las cuales pueden ser obscuras, equívocas o ambiguas o resultar en evidente contradicción con la intención de las partes. Estas fallas en la comprensión pueden solucionarse mediante el uso de la interpretación declarativa, extensiva o restrictiva.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando la obscuridad sea invencible; cuando luego de usar todos los medios establecidos la duda persista todavía? La intención del legislador en este precepto no es otra que solventar esa difícil situación, dictando la norma que ocupa nuestro estudio.

4. La interpretación sistemática

La aplicación de este precepto será únicamente de forma subsidiaria, luego de agotados los demás medios de la interpretación de los pactos establecidos en las normas que nos ocupan.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

La presente norma consagra el principio del Favor Debitoris (explicado anteriormente).

Su naturaleza característica llama la atención, pues lejos de resultar solamente en una norma de interpretación, fija también, una precisa directriz al juzgador para llevar a cabo la emisión de su resolución.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

Cuando en el Derecho Romano se explicaban las reglas de interpretación en el contrato de venta y el de alquiler, se quería siempre que la duda se resolviera contra el vendedor y contra el alquilador. "Veteris placuit, pactionem obscuran vel ambiquam vendito et ie qui locavit, in quoram fuit postestate legem apertium di cere".

Disposición semejante fue repetida por el Código de Napoleón respecto del contrato de venta, por lo que los tratadistas franceses encontraron cierta dificultad para determinar si era una regla de aplicación general o si solamente se aplicaba en dichos contratos.

Actualmente esta regla de interpretación se ha reproducido en la mayoría de los Códigos Civiles, no específicamente como parte de tal o cual contrato, sino situándola en la parte general de las convenciones u obligaciones, por lo que metodológicamente puede afirmarse que no se aplica solamente a ciertos contratos en particular.

Encontramos concordancias en el Derecho Comparado, las que a continuación se transcriben:

A) CODIGOS EUROPEOS:

FRANCIA: "En caso de duda, el convenio debe interpretarse contra el que ha estipulado y en favor del que ha contraído la obligación".

B) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. Problema que origina la interpretación y su solución.

El problema se presenta cuando las condiciones de un pacto son ambiguas o contradictorias, y hecha la investigación de la voluntad no ha podido llegarse a la intención de los contratantes por ninguno de los medios establecidos en las normas de interpretación de los contratos. La solución que esta norma presenta se basa en el hecho de que el estipulante es, en la mayoría de los casos, la persona que estableció las condiciones de la obligación, por lo que la consecuencia jurídica a que se llega es que debe castigársele por no haberse expresado mejor.

Otro problema que puede presentarse es el caso de que la declaración de voluntad de las partes se haya expresado o manifestado conjuntamente o de que se hubiere encargado a un tercero la redacción del convenio. La regla viene a ser, entonces imperfecta. Nuestra legislación no presenta solución a esta circunstancia, pero ésta debe buscarse aplicando conjuntamente las reglas de interpretación de los pactos.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

El juzgador debe tener presente que todos los contratos son de buena fe y que no existen más los contratos de derecho estricto. El juez no debe estar solamente obligado a atenerse a los términos estrechos de la fórmula empleada por las partes. Las cláusulas de equidad deben sobreentenderse y, es en este sentido donde entra en juego el equilibrio de las partes. Si el llamado a decidir no logra frutos luego de acudir a las normas de interpretación, debe optar mejor por el amparo del obligado en el vínculo contractual.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Si por un arriendo de tierras se hubiese dicho que el arrendador entregará al propietario, en cierto tiempo, una cantidad anual de trigo de la finca, sin que se especificara en que punto la entrega habría de tener lugar, la cláusula debe entenderse en ese sentido, que deberá hacerse en la casa del arrendador y a aquéllos que vendrán a buscar el trigo de parte del propietario, por lo mismo que ese sentido es el más ventajoso para el arrendador que ha contratado la obligación. Cuando el hacendado quiera que el trigo sea entregado en su granero, debe especificarlo en la contratación.

1603:

"Tratándose de una obligación debe estarse, en caso de duda, más por la negativa que por la afirmativa y viceversa, si se trata de una liberación".

A) Los precedentes por en nuestra legislación

Artículo 2438 del Código Civil Guatemalteco de 1877 establecía lo siguiente:

"Tratándose de una obligación debe estarse en caso de duda más por la negativa que por la afirmativa y viceversa si se trata de una liberación".

B) La interpretación científica y legislativa del precepto

1. La interpretación gramatical o literal.

Podemos extraer el sentido literal de esta norma con la ayuda del Diccionario de la Real Academia Española, llegando a entenderla como sigue: cuando pese sobre el vínculo jurídico que impone hacer o abstenerse de hacer algo (obligación) una incertidumbre o irresolución (duda), debe siempre procurarse entenderse en sentido negativo; si la es sufrida por una liberación, debe entenderse en el sentido afirmativo.

2. La interpretación lógica o de finalidad.

El fin de la norma es que en casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas en el cuerpo legal, se debe interpretar a favor del deudor, es decir, en el sentido de su liberación. Siguiendo la misma línea del artículo 1602 C.C. actual.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

Esta norma es subsidiaria, pues el legislador ha dispuesto que su aplicación tendrá lugar solo en caso de que las otras bases establecidas no permitan determinar el sentido de una obligación, por eso es inevitable que el llamado a decidir recurra a la idea de equidad para resolver el conflicto. El legislador pretende con su dictado que los tribunales resuelvan que en la interpretación de los contratos debe llegarse dentro de la ley y de la justicia a la equivalencia de las prestaciones colocando a las partes en la situación más aproximada a la igualdad.

4. La interpretación sistemática.

Como anteriormente se expuso es una norma SUBSIDIARIA que favorece al deudor en caso de una obligación en la cual persiste la duda, ya que por lo general, es el deudor el que se encuentra en desventaja en una obligación y por esta razón es necesario recurrir a la equidad. Sólo será aplicable esta norma cuando el acreedor no haya podido aportar pruebas para demostrar lo contrario y la duda persiste.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

Este precepto consagra el principio del **favor debitoris**, el cual señala que en casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, es decir, en el sentido de su liberación.

En materia de interpretación está limitada a actuar en defecto de un conjunto de normas jurídicas, a las cuales se recurre primero; pero si ninguna de ellas lo soluciona es inevitable abogar por la idea de equidad (bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar o a fallar; por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley), para resolver el conflicto.

Para entender el fondo e interpretarlo correctamente es necesario tomar en cuenta lo que el artículo anterior establece, (1602 cc.) que en caso de duda se favorece al obligado.

6. La interpretación histórica y legislación comparada.

La norma sujeta al presente análisis ha tenido su origen más remoto en el Derecho Romano motivo por el cual ha surgido la institución del **favor debitoris** explicado con anterioridad.

En cuanto al Derecho Comparado se mencionarán las normas siguientes:

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

ITALIA: "Cuando a pesar de la aplicación de las normas contenidas en este capítulo el contrato continúe siendo obscuro, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuese a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes si fuese a título oneroso".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

NICARAGUA: "Cuando fuere imposible resolver las dudas o las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e interés. Si el contrato fuere oneroso la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

ARGENTINA: "En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea, en el sentido de su liberación".

Este principio se ha hecho frecuente tanto en la urisprudencia civil como comercial.

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

Al resolver los intereses en juego de acuerdo con la equidad se transforma en un instrumento de discrecionalidad y en una forma de interpretación correcta, de la que se beneficiaría la parte que astutamente se abstuviere de aclarar su pensamiento, especulando sobre el equívoco de la cláusula incierta. Debe interpretarse en caso de duda, contra aquél que ha estipulado alguna cosa, en este caso, el acreedor; y en descarga del que ha contraído la obligación que es el deudor, lo cual constituiría la solución más viable debido al lugar de desventaja en que se encuentra el deudor.

En caso de duda, en una obligación, si el deudor niega la pretención del acreedor y este no puede probar lo contrario se tomará como verdadero dicha obligación, e igualmente en caso de una liberación beneficiando al deudor se estará más por su afirmativa que por la negativa, tomándose la aseveración que realiza en forma afirmativa como verdadera.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

Habrá que distinguir si es posible comprender el verdadero sentido, por alguna de las reglas precedentes a la de este artículo, y si así no pudiera hacerse, se aplicaría el siguiente, llegando en su caso hasta la nulidad del contrato. Evitando esto, el juez recurre a la aplicación del artículo 1603 cc ya que son subsidiarios, destinados a remediar las lagunas, a falta de derogación convencional, los tribunales las tienen como obligatorias y como más justas. El Juez tiene que ponderar los intereses enfrentados, sus respectivos valores, confrontándolo con la idea de justicia.

Los jueces han de fallar en caso de silencio del contrato, ley entre las partes, a cuyo efecto el Código les indica la directriz a seguir:

"Los contratos obligan no solamente a lo que en ellos se expresa, sino además a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a las obligaciones según su naturaleza".

La intención común de las partes deberá ser interpretada en el sentido más conforme con los principios del orden corporativo.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Si en un contrato de mutuo no se estableciera cosa alguna referente a los intereses, se entiende que éstos no se han pensado pactar; por lo que debe estarse, en esta duda, más por la negativa de su devengación.

VI. La interpretación abrogante

Aquella que puede conducir a negar todo valor de un pacto hasta reputarlo como no escrito. Es una interpretación restrictiva llevada hasta el último límite posible.

1604:

"Cuando por los términos en que está concebido el contrato, no pueda conocerse la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal, la obligación carece de valor".

A) Los precedentes en nuestra legislación

El Código Civil guatemalteco de 1877 establece en forma literal en su artículo 2439 lo siguiente:

"Cuando por los términos en que está concebido el contrato, no puede venirse en conocimiento de cual haya sido la intención o la voluntad de los contratantes sobre el objeto principal, es nula la obligación".

B) La interpretación científica y legislativa del preceto

1. La interpretación gramatical o literal.

Literalmente y atendiendo a lo que en sus acepciones correspondientes asigna el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española a las palabras de esta norma, podemos entender de ésta lo siguiente: cuando por las palabras en que un contrato ha sido conceptuado, no pueda conocerse la determinación de la voluntad de las partes que han intervenido en el convenio en cuanto al fin o intento esencial, el vínculo que los sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa (establecido por el voluntario otorgamiento) se encuentra en total defecto de subsistencia, firmeza y virtud para producir sus efectos.

2. La interpretación lógica o de finalidad

El objeto principal del pacto se encuentra en el propósito claro de los contratantes de transmitir una cosa, un derecho y una vez probada dicha voluntad sobre el objeto, el contrato se sostiene por mandato de ley. La finalidad de esta norma es respetar la teoría de los elementos de existencia de los pactos, pues claramente establece que de no estar claro el objeto contractual, es lógico que el contrato en esa situación no pueda sostenerse ya que existe un vicio del consentimiento producido por la OBSCURIDAD EN EL ASUNTO PRINCIPAL por el cual se contrata.

La naturaleza del artículo 1604 tiene carácter puramente subsidiario y, para que sea aplicable, presupone dos condiciones:

a) que existan dudas,

b) y que estas dudas no puedan resolverse por las normas de interpretación que precede este artículo.

3. La interpretación histórica y legislación comparada.

Es necesario tomar en cuenta el Código portugués para buscar su origen.

"Es nulo el contrato siempre que de sus términos naturaleza y circunstancias o del uso, costumbre o ley se puede desprender cual fue la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal del mismo contrato".

En cuanto a la legislación comparada se citan las siguientes normas:

A) CODIGOS EUROPEOS:

ESPAÑA: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales, se resolverán en favor de la mejor transmisión de derecho e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trate recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato es nulo".

B) CODIGOS HISPANOAMERICANOS:

MEXICO: "Es nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, no puede venirse en conocimiento de cual ha sido la voluntad o intención de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación".

C) Las bases para la correcta interpretación judicial

1. El problema que origina la interpretación y su solución.

El problema que efectiviza la aplicación de esta norma se presenta cuando existe un pacto del cual no ha podido llegar a conocerse plenamente, sin dudas ni incertidumbres, aquello que las partes han querido que sea su objeto principal. La solución será negar a la obligación todo valor, pues no existe un vínculo obligatorio cierto al cual dirigir el cumplimiento.

2. Función del juzgador al llevar a cabo la interpretación.

El hecho de que la obligación carezca de valor no significa la inexistencia del contrato sino más que todo se versa en la INVISIBILIDAD, es decir el "hecho de no poder penetrar la visión mental del juez a través de las tinieblas del contrato".

Si la absoluta imposibilidad de resolver las dudas no afecta el objeto principal del contrato, sino que afecta las circunstancias accidentales del mismo, entonces LA EQUIDAD suple a la interpretación, labor que le corresponde al juez.

3. La interpretación subjetiva o de intención del legislador.

Al dictar una norma como ésta, el legislador no olvida que los pactos nacen para ser cumplidos; pero la total obscuridad en cuanto a la obligación principal lo ha llevado no sólo a eliminar de la palabra del pacto el significado más amplio, sino a hacerlo hasta el punto de establecer que la estipulación contractual carece de toda eficacia.

No es sino aplicación del principio de que la búsqueda de la intención es lo primordial en materia de interpretación de contratos. No hay que apegarse ciegamente a la letra del pacto, sino que debe descubrirse el sentido que lleva oculto (voluntad y espíritu).

El legislador antes de resolver el asunto, para declarar la nulidad de la obligación, ha de hacer la distinción siguiente:

Si la imposibilidad de interpretar recae sobre las circunstancias accidentales del contrato o si recae sobre el objeto principal del mismo. Si la cuestión que no puede resolverse recae sobre el objeto principal entonces no hay contrato. Si el objeto contractual es indeterminable, incierto, da necesariamente como resultado, un NO CONTRATO; es decir la nulidad, ya que en este caso no es posible hablar de anulabilidad debido a que el derecho no existe, por lo que no puede dárse la convalidación de algo inexistente. Lo que pretende el legislador es que al momento de existir OBSCURIDAD ABSOLUTA en el objeto principal se declare la obligación sin valor alguno.

4. La interpretación sistemática.

Después de haber agotado todos los recursos de valor interpretativo plasmados en todas las normas o reglas de interpretación reguladas en nuestro código, se debe de recurrir en forma subsidiaria a la aplicación del artículo 1604, ya que para la investigación de la intención ya se ha pasado por todos los medios posibles sin suerte de encontrarla, por lo tanto la obligación no tiene valor.

5. La interpretación conforme a los principios generales del derecho; naturaleza del precepto.

En cuanto a la naturaleza de la institución podemos decir, que dicha norma de interpretación está basada en el principio jurídico del FIN PRACTICO DE LAS CONVENCIONES, pues desde que entendemos que los actos jurídicos se llevan a cabo con miras a un determinado fin y que el juez no ha sido capaz de encontrarlo (el fin u objeto principal), no puede ayudar a las partes a alcanzarlo y mucho menos a hacer que se cumpla, por lo que debe encontrar el vínculo como uno que no es capaz de surtir sus efectos.

D) La ilustración del precepto por medio del ejemplo

Las palabras terminantes del contrato, entendidas lisa y llanamente, no permiten abrigar duda alguna respecto de la obligación que el recurrente contrajo de realizar la venta de la casa si en la fecha que señala o 15 días después no reintegrado el capital prestado o no satisfacía los intereses del segundo semestre; fundamento que es uno de los que establece la sala sentenciadora y que por sí solo basta para justificar la resolución dictada por lo que no infringió este artículo.

Aceptando la sala sentenciadora que se trata de un contrato de préstamo, para cuya garantía se entregaron al acreedor las fincas en cuestión con la condición de reintegrarse lo prestado y sus intereses por el precio de las mismas a cuya venta se obligaba cuando el deudor le fuera proporcionando compradores, no es posible desconocer que ambos derechos, o sea de el deudor para obligar al acreedor a otorgar las escrituras de venta y del acreedor para irse cobrando del precio, son correlativos y que

ejercitando el primero en la demanda, y el segundo en la reconvención de uno y otro debe resolverse, desde luego en el sentido de la mayor reciprocidad de intereses.

Bibliografía

Libros:

Pothier, R.J. **Tratado de las Obligaciones.** Editorial Heliasta: Argentina.

Messineo, Franceso. **Manual de Derecho Civil y Comparado.** Editorial Europa-América: Argentina 1954.

Goudemet, Eugene. **Teoría General de las Obligaciones.** México, 1974.

Castán Tobeñas, José. **Derecho Civil Español Común y Foral.** Editorial Reus: Madrid, 1963

Rodríguez Navarro, Manuel. **Doctrina Civil del Tribunal Supremo.** Ediciones Aguilar: España, 1951.

Escobar, Ivan. **Derecho de Obligaciones. Editorial Manolo Morán:** Nicaragua, 1987.

Giorgi, Jorge. **Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno.** Editorial Reus: España, 1930.

Valverde y Valverde, Calixto. **Tratado de Derecho Español.** Talleres Tipográficos Cuesta: España, 1937.

Espín Canoas, Diego. **Derecho Civil Español.** Editorial Revista de Derecho Privado: España, 1959.

Carnelutti, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal.** Ediciones Europa-América: Argentina, 1971.

Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español.** Ediciones Pirámide: España, 1976.

Coviello, Nicolás. **Doctrina General del Derecho.** Unión Tipográfica, Editorial Hispanoamericana: México, 1938.

Planiol, Narcelo/ Ripert, Jorge. **Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.** Cultural Ediciones: Cuba 1946.

Aguirre Godoy, Mario. **Repertorio de Jurisprudencia** Impresiones U.S.A.C.: Guatemala, 1969.

Scaevola, Quintus Mucius. **Código Civil Español Concordado y Comentado.** Editorial Reus: España 1958.

Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid, España (1981).

Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual.** Bibliográfica OMEBA: Argentina, 1968.

Diccionario Ideológico de la Lengua Española Editorial Gustavo Gili: España, 1959.

Leyes

Proyecto del Código Civil de la República de Guatemala. Impreso No. 3,840. Guatemala, 1962.

Código Civil de la República de Guatemala Guatemala, 1937.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89

Entrevista

Entrevista realizada al Licenciado Guillermo Bonilla la cual se enfocó en el esclarecimiento de dudas surgidas durante la investigación, y directrices para llevar a cabo la presentación final.

Jary Méndez
Carmen Abril
Claudia Amado
Jorge Arenales
Airí Gonzalez
Andrés Vásquez

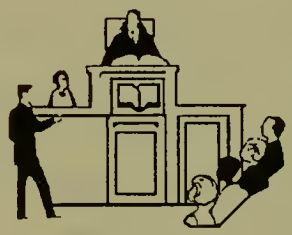
Estudiantes de la Facultad de Derecho
UFM

ANEXO 1

Esquematización de la interpretación de las normas de interpretación de contratos

ARTES CELEBRAN
L CONTRATO.

SURGE CONFLICTO;
VAN AL JUEZ.



PREVIAMENTE
EL LEGISLADOR ha creado
las normas de
INTERPRETACION DE LAS
LEYES.

El Juez usa las normas de
INTERPRETACION DE LAS
LEYES,
para:

COMPRENDER;
INTERPRETAR
(ACTIVIDAD COGNOSCITIVA)

PREVIAMENTE EL
LEGISLADOR ha creado
las normas de
INTERPRETACION DE
CONTRATOS.

NORMAS DE
INTERPRETACION DE LOS
CONTRATOS

ANEXO 2
L.O.J.

ARTICULO 10. **Interpretación de la Ley.** Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes obscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

a) A la finalidad y al espíritu de la misma;

b) A la historia fidedigna de su institución;

c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;

"d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho" (2)

ARTICULO 11. **Idioma de la ley.** El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente.

Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate.

Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto.

ARTICULO 12. **Integridad de las disposiciones especiales.** La ley que tenga por objeto aclarar o interpretar otra ley, no produce efectos respecto a actos ejecutados, ni respecto a la cosa juzgada.

ARTICULO 17 **Buena fe.** Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

"ARTICULO 18. **Abuso de derecho.** El exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos."(4)

ARTICULO 22. **Primacia del interés social.** El interés social prevalece sobre el interés particular.

ANEXO 3

Propuesta para el ordenamiento de las normas de interpretación de los contratos, atendiendo a los resultados que éstas buscan

INTERPRETACION AUTENTICA:

1593	La claridad en los términos del contrato y la búsqueda de la intención.

INTERPRETACION DECLARATIVA:

1595	Las palabras con relación a la naturaleza y objeto del contrato.
1596	Las cláusulas que dieran lugar a diversos sentidos.
1597	Las cláusulas que se contradigan entre sí.
1598	La interpretación armónica.
1599	La interpretación en base a la costumbre.

INTERPRETACION RESTRICTIVA:

1594	El área propia del contrato.

INTERPRETACION EXTENSIVA:

1601	La interpretación de los ejemplos.

INTERPRETACION DE CULPABILIDAD:

1600	La interpretación de las cláusulas obscuras.
1602	El principio de **Favor Debitoris.**
1603	Las prácticas generales de interpretación en la imposibilidad de resolver las dudas.

INTERPRETACION ABROGANTE:

1604	La nulidad del contrato por invisibilidad de la intención.

LEY DE ARBITRAJE

Decreto Número 67-95

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que en un gran número de Estados de la comunidad jurídica internacional, el desarrollo del arbitraje ha cobrado una significativa importancia como un medio alternativo para la resolución de conflictos, ya que dicho procedimiento no solo contribuye con el descongestionamiento de la pesada carga de los tribunales jurisdiccionales, sino que, además, ayuda a que los conflictos que son susceptibles de resolverse por este medio, sean resueltos realmente con celeridad y eficacia.

CONSIDERANDO:

Que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el régimen legal aplicable al arbitraje actualmente contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil contiene una serie de normas y disposiciones que han dejado de representar los avances más recientes en esta materia, y que por ende, se han constituído en verdaderos obstáculos para que las partes interesadas puedan usar efectiva y continuamente el arbitraje, no lográndose por ello los beneficios considerados anteriormente.

CONSIDERANDO:

Que la sustitución del régimen legal aplicable en Guatemala al arbitraje, deviene no solo de la necesidad de modernizar las normas pertinentes para lograr los beneficios ya citados, sino que se hace también una necesidad a la luz de los tratados y convenciones internacionales en materia de arbitraje que la República de Guatemala ha suscrito y ratificado y que sí recogen las tendencias modernas en esta materia, haciéndose por ende imperioso lograr la adecuación de las normas internas con las de orígen internacional, para obtener un sistema armónico y progresista en materia de arbitraje.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso a) del artículo 171 de la Constitución Política de la República.

DECRETA

La siguiente

LEY DE ARBITRAJE

CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1. Ambito de Aplicación.

1. La presente ley se aplicará al arbitraje nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente del cual Guatemala sea parte.

2. Las normas contenidas en los artículos 11, 12, 45, 46, 47 y 48 de la presente ley, se aplicarán aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional.

ARTICULO 2. Arbitraje internacional.

1) Un arbitraje es internacional, cuando:

a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o

b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:

i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.

ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esta relacionada con más de un Estado.

Los efectos del numeral 1) de este artículo, se tenderá que:

Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el omicilio será el que guarde una relación más trecha con el acuerdo de arbitraje.

b) Si una parte no tiene ningún domicilio o residencia habitual, se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre.

RTICULO 3. Materia objeto de arbitraje.

La presente ley se aplicará en todos aquellos casos que la controversia verse sobre materias en que las rtes tengan libre disposición conforme a derecho.

También se aplicará la presente ley a todos aquellos ros casos en que, por disposición de otras leyes, se rmita el procedimiento arbitral, siempre que el uerdo arbitral sea válido conforme esta ley.

No podrán ser objeto de arbitraje:

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.

c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.

Quedan excluídos del ámbito de aplicación de la esente ley los arbitrajes laborales.

RTICULO 4. Definiciones.

los efectos de la presente ley:

"Acuerdo de Arbitraje", o simplemente cuerdo", es aquél por virtud del cual las partes ciden someter a arbitraje todas o ciertas ntroversias que hayan surgido o puedan surgir tre ellas respecto de una determinada relación rídica, contractual o no contractual.

2) "Arbitraje" significa cualquier procedimiento arbitral,con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

3) "Institución Arbitral Permanente" o simplemente "Institución", significa cualquier entidad o institución legalmente reconocida, a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos o normas pertinentes, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros.

4) "Tribunal Arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.

5) "Tribunal" significa un órgano del sistema judicial de este país, ya sea unipersonal o colegiado.

ARTICULO 5. Reglas de Interpretación.

1) Cuando una disposición de la presente ley, excepto el artículo 36, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluída una institución, a que adopte esa decisión.

2) Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje que en él se pudiera mencionar o incorporar.

3) Cuando una disposición de la presente ley, excepto el inciso a) del artículo 32 y el inciso a) del párrafo 2) del artículo 41, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención.

ARTICULO 6. Notificaciones y cómputo de plazos.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) Se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada

personalmente al destinatario o que haya sido entregada en el lugar expresamente señalado para ello, su domicilio, residencia habitual o domicilio postal. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último domicilio, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario, por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.

b) La comunicación o notificación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

3) Para los fines del cómputo de plazos establecidos en la presente ley, dichos plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es día de asueto o no laborable en el lugar de residencia o establecimiento del destinatario, dicho plazo se prorrogará hasta el día hábil siguiente inmediato.

ARTICULO 7. Renuncia al derecho a impugnar.

1) Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace dentro de ese plazo, se entenderá renunciado su derecho a impugnar.

2) La parte que no haya ejercido su derecho de impugnar conforme al párrafo anterior, no podrá solicitar posteriormente la anulación del laudo fundado en ese motivo.

ARTICULO 8. Alcance de la intervención del tribunal.

En los asuntos que se rigen por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

ARTICULO 9. Tribunal competente para ejercer funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.

En defecto de acuerdo entre las partes, las funciones a que se refieren los artículos 15 (3) y (4); 18 (1); 21 (3); 22 (2) y 34 serán ejercidas a elección de actor, por el Juez de Primera Instancia de lo Civil o Mercantil del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, o el del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, el del lugar donde deba dictarse el aludo, el del domicilio de cualquiera de los demandados o, en cualquiera de los anteriores lugares si coinciden todas o algunas de las circunstancias anteriores.

CAPITULO II
ACUERDO DE ARBITRAJE

ARTICULO 10. Forma del acuerdo de arbitraje.

1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un "compromiso" o de una "cláusula compromisoria", sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluída en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.

3) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia **"ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE".**

RTICULO 11. Excepción de incompetencia ndada en el acuerdo de arbitraje.

El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y mplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a s jueces y tribunales conocer de las acciones iginadas por controversias sometidas al proceso bitral, siempre que la parte interesada lo invoque ediante la excepción de incompetencia. Se tenderá que las partes renuncian al arbitraje y se ndrá por prorrogada la competencia de los ibunales cuando el demandado omita interponer la cepción de incompetencia.

Si se ha entablado la acción a que se refiere el irrafo 1) del presente artículo, habiéndose hecho ler la excepción de incompetencia, se podrá, no ostante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente te el tribunal.

RTICULO 12. Acuerdo de arbitraje y adopción de edidas provisionales por el tribunal.

lvo lo establecido en el artículo 22, cualquiera de las rtes podrá solicitar de tribunal competente las ovidencias cautelares que estime adecuadas para egurar su derecho.

o se entenderá como renuncia del acuerdo de bitraje el hecho de que una de las partes, ya sea con nterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su amitación, solicite de un tribunal la adopción de rovidencias cautelares provisionales ni que el ibunal conceda esas providencias.

CAPITULO III

COMPOSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

RTICULO 13. Número de árbitros.

) Las partes podrán determinar libremente el número e árbitros.

) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres, salvo ue el monto en controversia no exceda de cincuenta il quetzales (Q.50,000.00), en cuyo caso, a falta de cuerdo, el árbitro será uno.

ARTICULO 14. Calidades para ser árbitros.

1) Pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

3) No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez.

No obstante, si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo.

ARTICULO 15. Nombramiento de los árbitros.

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente o someter al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros, así designados nombrarán al tercero; luego, entre los tres árbitros, designarán a quién fungirá como Presidente del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como Presidente el de mayor edad. Si una parte no nombra al árbitro dentro de un plazo de quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días siguientes contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro luego de transcurridos quince días desde que se hizo el primer

requerimiento para ello, éste será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

c) Una vez designado un árbitro, éste deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de las dos semanas siguientes a su designación. Vencido dicho plazo, a falta de manifestación expresa, se tendrá como aceptada tácitamente la designación. Una vez recaída la aceptación del árbitro único o la del último árbitro, si el tribunal arbitral estuviere compuesto por más de un árbitro dicho tribunal arbitral considerará legalmente constituido.

3) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, ya sea:

a) una parte no actúa conforme a lo estipulado en dicho procedimiento.

b) las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento.

c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, entonces, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente conforme al artículo 9 que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se provean otros medios para conseguirlo.

4) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo al tribunal competente conforme al artículo 9, será definitiva, y por consiguiente no cabra recurso, remedio procesal o impugnación alguna en contra de dicha desición. Al nombrar un árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente y parcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, si el arbitraje fuera internacional.

5) Los árbitros no representarán los intereses de ninguna de las partes, ejercerán el cargo con absoluta imparcialidad e independencia.

ARTICULO 16. Motivos de recusación.

1) La persona a quien se comunique su posibl nombramiento como árbitro deberá revelar todas la circunstancias que puedan dar lugar a duda justificadas acerca de su imparcialidad independencia. El árbitro, desde el momento de s nombramiento y durante todas las actuacione arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias las partes, a menos que ya les hubiera informado d ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado, si existe circunstancias que den lugar a dudas justificada respecto de su imparcialidad o independencia, o si n posee las calificaciones convenidas por las parte Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado po ella, o en cuyo nombramiento haya participado, po causas de las que haya tenido conocimiento despu de efectuada la designación.

ARTICULO 17. Procedimiento de recusación.

1) Las partes podrán acordar libremente procedimiento de recusación de los árbitros remitirse al reglamento de la entidad que administ el arbitraje.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de l quince días siguientes a aquel en que teng conocimiento de la constitución del tribunal arbitral de cualquiera de las circunstancias mencionadas en párrafo 2) del artículo 16, un escrito en el que expon los motivos para la recusación. A menos que el árbit recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acep la recusación, corresponderá al tribunal arbitr decidir sobre la procedencia de la recusación, sin participación del recusado, y por mayoría absolu Toda decisión que tenga que tomar el tribunal arbitr en este sentido, deberá estar resuelto a más tard dentro de un plazo de quince días contados a par de la fecha en que se presente la recusación.

Cuando se designe un solo árbitro, la recusación formulará ante el tribunal competente conforme l artículo 9.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreg al procedimiento acordado por las partes o en s términos del párrafo 2) del presente artículo, la pa e

:cusante podrá pedir, dentro de los quince días guientes al recibo de la notificación de la decisión or la que se rechaza la recusación, al tribunal mpetente conforme el artículo 9, que decida sobre procedencia de la recusación. La desición a que rribe dicho tribunal será definitiva, y por ende, no usceptible de recurso, remedio procesal o npugnación alguna. Mientras esa petición esté endiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro cusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales dictar un laudo.

RTICULO 18. Falta o imposibilidad de ercicio de las funciones.

) Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por isposición legal, para ejercer sus funciones o por tros motivos no las ejerza dentro de un plazo izonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes cuerdan su remoción. Si existe desacuerdo, ıalquiera de las partes podrá solicitar al tribunal mpetente de conformidad con el artículo 9, que dé or terminado el encargo, decisión que será definitiva, por ende, no susceptible de recurso, remedio rocesal o impugnación alguna.

) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o n el párrafo 2) del artículo 17, un árbitro renuncia a ı cargo o una de las partes acepta la terminación del andato de un árbitro, ello no se considerará como na aceptación de la procedencia de ninguno de los otivos mencionados en el presente artículo o en el árrafo 2) del artículo 16.

RTICULO 19. Nombramiento de un árbitro ıstituto.

uando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo ispuesto en los artículos 17 ó 18, o en los casos de nuncia por cualquier otro motivo o de remoción por cuerdo de las partes o de expiración de su mandato or cualquier otra causa, se procederá al ombramiento de un sustituto conforme al mismo rocedimiento por el que se designó al árbitro que se a de sustituir.

ARTICULO 20. Derecho a exigir anticipo de gastos y honorarios.

Salvo pacto en contrario, la aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a la institución encargada de la administración del arbitraje, el derecho a exigir de las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender a las retribuciones de los árbitros y los gastos de la administración del arbitraje. Si el pago del anticipo no se efectúa dentro de los quince días siguientes el requerimiento correspondiente, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procesamiento del arbitraje.

CAPITULO IV

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

ARTICULO 21. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, un acuerdo que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, o de la reconvención, en su caso. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción de incompetencia por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido o se está excediendo de su mandato deberá oponerse, tanto pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquier caso, estimar una excepción presentada más tarde de la indicado en el primer párrafo, si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en los párrafos 1) y 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro del plazo de quince días a partir del recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 9, que resuelva la cuestión, y la resolución de éste tribunal será definitiva y, por ende, no susceptible de ser revisada por recurso o remedio procesal alguno. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

4) Tanto en los arbitrajes de derecho como en los de equidad, una vez constituído el tribunal, se entienden sometidas a él todas las cuestiones conexas con la principal, que surjan en el curso del mismo. En este caso, dichas cuestiones se tramitarán por el procedimiento que las partes convengan y, en su defecto, por el señalado para los incidentes.

No serán admitidas, sin embargo, las tercerías, la litisdependencia ni los incidentes de acumulación.

Si surgiere alguna cuestión de orden criminal, los árbitros lo pondrán en conocimiento del juez competente, a quien remitirán certificación de las constancias respectivas.

ARTICULO 22. Facultades del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas.

2) Asimismo, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrán éstas o los árbitros requerir al tribunal competente de conformidad con el artículo 9, que decrete o levante aquellas providencias cautelares que deban ser cumplidas por terceros, o bien, para que se obligue coactivamente a una de las partes a cumpli con una providencia cautelar decretada con base en e numeral 1) anterior.

CAPITULO V

SUSTANCIACION DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

ARTICULO 23. Trato equitativo de las partes.

Deberá tratarse a las partes equitativamente y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer vale sus derechos, conforme a los principios esenciales d audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

ARTICULO 24. Determinación del procedimiento.

1) Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 23, la partes tendrán libertad para convenir e procedimiento a que se haya de ajustar el tribuna arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, co sujeción a lo dispuesto en el artículo 23, dirigir e arbitraje del modo que considere apropiado. Est facultad conferida al tribunal arbitral incluye la d determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valo de las pruebas.

ARTICULO 25. Lugar del arbitraje.

1) Las partes podrán determinar libremente el luga del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje teniendo en consideración las circunstancias del caso inclusive la conveniencia de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párraf precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerd en contrario de las partes, reunirse en cualquier luga estime apropiado para celebrar deliberaciones entr sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o la partes, o para examinar mercancías u otros bienes documentos.

RTICULO 26. Iniciación de las actuaciones rbitrales.

) Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las ctuaciones arbitrales respecto de una determinada ontroversia se iniciarán en la fecha en que el emandado haya recibido el requerimiento de ometer esa controversia a arbitraje.

) La presentación de la demanda en las actuaciones rbitrales interrumpe la prescripción.

) Si en el curso del proceso arbitral se transfiere erecho controvertido por acto entre vivos a título articular, el proceso prosigue entre las partes riginarias. Si la transferencia a título particular curre por causa de muerte, el proceso se prosigue por sucesor universal o en contra de él.

n cualquier caso, el sucesor de título particular uede intervenir o ser llamado al proceso en calidad e parte y, si las otras partes consienten en ello, el najenante o el sucesor universal puede ser objeto de xclusión.

l laudo dictado contra estos últimos produce efectos ontra el sucesor a título particular.

RTICULO 27. Idioma en el Arbitraje nternacional.

) Las partes podrán acordar libremente el idioma o os idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones rbitrales de carácter internacional. A falta de tal cuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o os idiomas que hayan de emplearse en las ctuaciones. Este acuerdo o esta determinación será plicable, salvo que en ellos mismos se haya specificado otra cosa, a todos los escritos de las artes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, ecisión o comunicación de otra índole que emita el ribunal arbitral.

) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier rueba documental vaya acompañada de una raducción al idioma o los idiomas convenidos por las artes determinados por el tribunal arbitral.

ARTICULO 28. Demanda y contestación.

1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes deberán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar la demanda, o la reconvención en su caso, antes de que haya sido contestada una u otra.

ARTICULO 29. Audiencias y actuaciones por escrito.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se substanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.

2) Deberá notificarse a las partes, con suficiente antelación, la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral, se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de las partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral puede basarse al adoptar su decisión.

ARTICULO 30. Representación de las partes.

Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de representantes, que pueden ser abogados.

ARTICULO 31. Notificaciones.

Las partes deberán designar un domicilio especial para recibir comunicaciones escritas. Si así no lo hicieren al momento de presentar su demanda y contestación, el tribunal arbitral podrá conminarlas para que lo hagan dentro de un plazo a ser fijado por el mismo tribunal.

ARTICULO 32. Rebeldía de una de las partes.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin invocar causa suficiente:

a) El demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 28, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.

b) El demandado, estando debidamente notificado, no presente su contestación con arreglo al párrafo 1) del artículo 28, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí.

c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

2) Una vez notificada debidamente la demanda, la inactividad de cualquiera de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni lo privará de eficacia.

ARTICULO 33. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral estará facultado para:

a) Nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral.

b) Solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de representar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

ARTICULO 34. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.

1) El tribunal arbitral o cualquiera de las partes, con la aprobación del tribunal arbitral, podrán pedir la asistencia de un tribunal competente para la práctica de pruebas.

2) El tribunal practicará bajo su exclusiva dirección, si así se le requiere, la prueba solicitada, debiendo entregar copia certificada de las actuaciones al solicitante. De lo contrario, el tribunal se limitará a formular el apercibimiento de ley para que la prueba en cuestión sea conducida y tramitada ante el tribunal arbitral.

ARTICULO 35. Procedimiento para la prestación de auxilio judicial.

1) Para los efectos a que se refieren los artículos 15 (2) (a) y (b); 15 (3); 17 (2) y (3); 18 (1); 21 (3); 22 (2) y 34 (1), el tribunal jurisdiccional competente al que el tribunal arbitral solicite asistencia judicial de conformidad con el artículo 9), resolverá dicha solicitud en un plazo máximo de siete días, sin formalismo artículo. Contra lo resuelto por el tribunal competente no cabe oposición ni recurso alguno.

2) A menos que la medida probatoria o ejecutoria solicitada sea manifiestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas, el tribunal jurisdiccional competente se limitará a cumplir con la solicitud de asistencia pedida por el tribunal arbitral sin entrar a juzgar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra cualquier resolución que para el efecto emita.

CAPITULO VI

PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACION DE LAS ACTUACIONES.

RTICULO 36. Normas aplicables al fondo del igio.

) El tribunal arbitral decidirá el litigio, en los bitrajes internacionales, de conformidad con las rmas de derecho elegidas por las partes como

plicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda dicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un stado determinado, se refiere, a menos que se xprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese stado y no a sus normas de Derecho Internacional rivado. Si las partes no indicaren la ley que debe gir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando n cuenta las características y conexiones del caso, eterminará el Derecho aplicable.

) En el caso de que el arbitraje sea de carácter ternacional, el tribunal arbitral podrá tener en uenta las prácticas y principios del Derecho omercial Internacional, así como los usos y prácticas merciales de general aceptación.

) Tanto en los arbitrajes nacionales, como en los ternacionales, el tribunal arbitral decidirá con rreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en uenta los usos mercantiles aplicables al caso.

RTICULO 37. Amigable composición rbitraje "ex aequo et bono").

) En el arbitraje de equidad (ex aequo et bono), mbién llamado amigable composición, los árbitros o se encuentran obligados a decidir en base a las ormas de derecho, sino que pueden hacerlo "en onciencia" o "según su leal saber y entender".

) Con excepción de lo dispuesto en el párrafo nterior, el arbitraje "de derecho" y el arbitraje "de quidad" (ex aequo et bono), se encuentran sujetos a misma regulación contemplada en esta ley.

3) El tribunal arbitral compuesto de amigables componedores o árbitros arbitradores decidirá conforme a la equidad (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente a hacerlo así.

ARTICULO 38. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.

En las actuaciones arbitrales en que se haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros, dirimiendo los empates el voto del Presidente. El árbitro Presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal arbitral.

ARTICULO 39. Transacción.

1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral, dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden las partes, y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efectos que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

ARTICULO 40. Forma y contenido del laudo.

1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 39. Cuando el laudo sea motivado, el árbitro que no estuviera de acuerdo con la resolución mayoritaria, podrá hacer constar su criterio discrepante.

3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 25. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

4) Después de dictado el laudo, el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros, de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo.

5) Sujeto a lo que las partes hubieran podido acordar en materia de costas, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, los gastos derivados de notificaciones y los que se originen de la práctica de las pruebas, y en su caso, el costo del servicio prestado por la institución que tenga encomendada la administración del arbitraje. En todo caso, los honorarios de los árbitros serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. Salvo acuerdo de las partes, cada una de ellas deberá satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales, a no ser que los árbitros apreciaren mala fe en alguna de ellas.

ARTICULO 41. Terminación de las actuaciones.

1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo por una orden del tribunal arbitral, dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.

2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:

a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio.

b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.

Este acuerdo de dar por terminadas las actuaciones, no perjudica el derecho que las partes tienen, en cualquier momento antes de dictarse el laudo, de decidir de común acuerdo suspender por un plazo cierto y determinado las actuaciones arbitrales.

c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible, y que dicha terminación redunde en beneficio de las partes.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 42 y en el párrafo 5) del artículo 44.

4) En el caso de terminación de las actuaciones arbitrales, de conformidad con el inciso a) del numeral 2) de este artículo, dicha terminación impedirá al demandante renovar en el futuro el mismo proceso arbitral y supone la renuncia al derecho respectivo.

ARTICULO 42. Corrección e Interpretación del laudo y laudo adicional.

1) Dentro del mes siguiente a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra:

a) Pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar.

b) Si así lo acuerdan las partes, pedir al tribunal arbitral de una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro del mes siguiente a la recepción de la solicitud. La corrección y/ o la interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquiera de los errores mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo por su propia iniciativa dentro del mes siguiente a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro del mes siguiente a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento dictará el laudo adicional dentro del plazo máximo de dos meses.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección

ará una interpretación o dictará un laudo adicional on arreglo a los párrafos 1) ó 3) del presente artículo, rórroga que no podrá exceder en ningún caso, de un nes desde que se decrete la misma.

) El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios dicionales por la interpretación, rectificación o por omplementar su laudo.

) Lo dispuesto en el artículo 40 se aplicará a las orrecciones o interpretaciones del laudo o a los udos adicionales.

CAPITULO VII

IMPUGNACION DEL LAUDO

RTICULO 43. El recurso de revisión como único ecurso contra un laudo arbitral.

) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante na Sala de la Corte de Apelaciones con competencia erritorial sobre el lugar donde se hubiere dictado el udo, mediante un recurso de revisión, conforme a s párrafos 2) Y 3) del presente artículo. Dicha evisión se tramitará conforme lo establecido en este apítulo, y el auto correspondiente no será susceptible e ser impugnado mediante ningún tipo de recurso o emedio procesal alguno. La resolución del recurso e revisión deberá confirmar, revocar o modificar el udo arbitral y en caso de revocación o modificación, e hará el pronunciamiento correspondiente.

) El laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la Sala e la Corte de Apelaciones respectiva, cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca; o

ii) Que no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o

iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o

b) La Sala de la Corte de Apelaciones compruebe:

i) que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala.

3) La petición de revisión no podrá formularse después de transcurrido un mes contado desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 42, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna respecto de las causales señaladas en el numeral 2) del presente artículo, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de revisión.

ARTICULO 44. Trámite de la revisión.

1) Promovida la revisión en contra del laudo, se dará audiencia a los otros interesados, por el plazo común de dos días.

2) Si la revisión se refiere a cuestiones de hecho y fuere necesaria la apertura a prueba, las partes deben ofrecer las pruebas individualizándolas al promover dicho recurso o al evacuar la audiencia. En tal caso, se abrirá a prueba el recurso de revisión por el plazo de diez días.

3) La Sala de la Corte de Apelaciones resolverá la revisión planteada, sin mas trámite, dentro de los tres días de transcurrido el plazo de la audiencia y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo, después de concluido el de prueba.

4) Contra las resoluciones de trámite o de fondo, que emita la Sala de la Corte de Apelaciones en la

substanciación del recurso de revisión, no cabe recurso alguno.

5) La Sala de la Corte de Apelaciones, cuando se le solicite la revisión de un laudo, podrá suspender las actuaciones de revisión, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de revisión. En este caso, se aplicarán, en lo que sea compatible, las normas contenidas en el artículo 42.

6) Transcurridos cuarenta (40) días desde la fecha de interposición del recurso de revisión, si la Sala de la Corte de Apelaciones no se hubiere pronunciado sobre el laudo impugnado quedará legalmente confirmado y, por ende, tendrá la calidad de ejecutoriado para los efectos de su ejecución.

CAPITULO VIII

RECONOCIMIENTO Y EJECUCUCION DE LOS LAUDOS

ARTICULO 45. Normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

1) Los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de conformidad con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York) del 10 de junio de 1958, la convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte Guatemala, siempre que sean aplicables.

2) En el caso de que más de un tratado internacional sea aplicable, salvo acuerdo en contrario entre las partes, se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un convenio y laudo arbitral.

3) En defecto de la aplicabilidad de cualquier tratado o convención internacional, los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de acuerdo con las normas de esta ley y las disposiciones específicas de este capítulo.

ARTICULO 46. Reconocimiento y ejecución.

1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en qu se haya dictado, será reconocido como vinculante y tras la presentación de una petición por escrito a tribunal competente, será ejecutado de conformida con las disposiciones de este artículo y del artículo 4 Será tribunal competente, a opción de la parte qu pide el reconocimiento y ejecución del laudo, Juzgado de lo Civil o Mercantil con competenci territorial en el lugar del domicilio de la person contra quien se intenta ejecutar el laudo o en el luga donde se encuentren sus bienes.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecució deberá presentar, ya sea el original del documento e el que se haga constar el laudo, debidament autenticado, o copia debidamente certificada de dich documento, y el original del acuerdo de arbitraje a qu se refiere el artículo 10 o copia debidament certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo n estuviera redactado en español, deberán se traducidos a dicho idioma, bajo juramento pc traductor autorizado en la República, y de no haber para determinado idioma, será traducido ba juramento por dos personas que hablen y escriba ambos idiomas, con legalización notarial de su firmas.

ARTICULO 47. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea país en que se haya dictado, en los siguientes casos

a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, c que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o

iii) Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene desiciones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) Cuando el tribunal compruebe:

i) Que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público del Estado de Guatemala.

RTICULO 48. Procedimiento para el :conocimiento y ejecución del laudo.

l procedimiento de reconocimiento o ejecución de ıudos se sujetará a las siguientes reglas:

) Transcurrido el plazo de un mes, señalado en el rtículo 43 (3), sin que el laudo haya sido cumplido, odrá obtenerse su ejecución forzosa ante el tribunal ompetente de conformidad con el artículo 46 (1), ıediante la solicitud de la ejecución, a la cual se compañarán los documentos indicados en el artículo 6 (2).

) Se acompañará igualmente, en su caso, copia ertificada de la resolución judicial que hubiere ecaído al resolverse el recurso de revisión.

) De la ejecución planteada, el tribunal dará udiencia por tres días al ejecutado, quien únicamente odrá oponerse a la ejecución planteada, con base en ı pendencia del recurso de revisión, siempre que se credite documentalmente dicho extremo con el scrito de oposición. En este caso, el tribunal ecretará sin más trámite la suspensión de la ejecución hasta que recaiga resolución con respecto al recurso de revisión y, si dicho recurso prosperara, el tribunal, al presentársele copia certificada de dicha resolución, dictará auto denegando la ejecución.

4) Fuera de lo previsto en el numeral anterior, y si no concurriere cualquiera de las causales establecidas en el artículo 47, el tribunal dictará auto despachando la ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes en su caso.

5) Cualquier resolución de trámite o de fondo que recaiga en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo, no es susceptible de recurso o remedio procesal alguno.

6) En todo lo no previsto en el presente capítulo para el reconocimiento y ejecución de laudos, le serán aplicables supletoriamente las disposiciones legales aplicables a ejecución de sentencias nacionales, siempre que dicha aplicación sea compatible con la celeridad y eficacia con que se debe ejecutar un laudo arbitral.

CAPITULO IX

OTROS METODOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE PARTICULARES

ARTICULO 49. De la conciliación.

La conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral.

ARTICULO 50. Substanciación de la conciliación.

La intervención de un tercero en el proceso de conciliación podrá ser administrada por entidades establecidas para dichos propósitos, tales como Centros de Arbitraje y Conciliación u otras entidades

similares. El resultado de la conciliación deberá hacerse constar por escrito, sea en escritura pública, en documento privado, legalizado por Notario, o bien mediante acta notarial, y producirá plena prueba en juicio arbitral o jurisdiccional.

CAPITULO X

DISPOCISIONES FINALES Y DEROGATORIAS

ARTICULO 51. Capacidad del Estado y personas de Derecho de Público para someterse al arbitraje.

Una vez que el Estado, las entidades estatales descentralizadas, autónomas y semiautónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, hayan celebrado un convenio arbitral válido, no podrá objetarse la arbitrabilidad de la controversia, o la capacidad del Estado y de las demás entidades citadas para ser parte del convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración de dicho convenio.

ARTICULO 52. Procesos arbitrales en trámite.

Los procedimientos arbitrales pendientes al entrar en vigor esta ley, se tramitarán y resolverán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36, inciso m) de la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República, y sus reformas), disposición que se aplicará por analogía para el caso regulado en las actuacioncs judiciales.

ARTICULO 53. Modificación de disposiciones conexas.

1) Se modifica, por adición, el artículo 17 de la Ley de lo Contencioso administrativo, agregándose, al final un nuevo numeral, así: "6o.- Tampoco serán materia del recurso contencioso administrativo, aquellas controversias que deben resolverse mediante el procedimiento arbitral, cuando éste hubiere sido acordado de conformidad con el artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado."

2) Se modifica el artículo 43 de la Ley de Migración y Extranjería (Decreto Ley 22-86), el cual queda así: "Los extranjeros pueden ser tutores y protutores pero no están obligados a aceptar el cargo, excepto cuando s trate de parientes dentro de los grados de ley y d connacionales; así también podrán desempeñar cargo de árbitros de equidad y de derecho.

ARTICULO 54. Fusión de los conceptos de "cláusul compromisoria y compromisos".

Por virtud de lo dispuesto en la presente ley, s reconoce el acuerdo de arbitraje como la forma par obligarse recíprocamente a resolver conflicto mediante la utilización del arbitraje. A partir de l fecha en que cobre vigencia la presente ley, todas la referencias que pudieren encontrarse en diversa disposiciones legales, tanto a la "cláusul compromisoria" o al "compromiso" deber entenderse que se refieren al acuerdo de arbitraj reconocido y definido en la presente ley.

ARTICULO 55. Derogación de Disposiciones legales

Quedan derogadas las siguientes disposicione legales:

1. Artículos, 2170, 2171, 2175, y 2176 del Código Civ (Decreto-Ley 106).

2.Ultimo párrafo del artículo 671 del Código d Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de l República).

3.Artículos, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 27 278, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 29 292 y 293 del Código Procesal Civil y Mercant (Decreto-ley 107).

4.En general, todas aquellas disposiciones legales reglamentarias que se opongan a la presente ley.

ARTICULO 56. Vigencia.

Esta ley entrará en vigencia 8 días después de s publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACION Y CUMPLIMIENTO.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en l Ciudad de Guatemala a los tres días del mes d octubre de mil novecientos noventa y cinco.

Guatemala de la Asunción Mayo de 1996
Diagramación: Editorial
Universidad Francisco Marroquín

UFM-BIBLIO
091962